

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

ÍNDICE GENERAL

Nota de la Editorial.....	XI
Presentación de los directores	XIII

ASPECTOS GENERALES

Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia Guillermo Cabanellas (h)	3
Monopolios: el encanto de la inflación, el arrepentimiento y la burocracia Fernando C. Aranovich	15
La protección de la competencia en Argentina. Próximos desafíos de cara al futuro Miguel del Pino	25
Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia desde un punto de vista económico Jorge Padilla y Sebastián Zuccon	45

DISEÑO INSTITUCIONAL

El desafío del regreso al sendero correcto en el Diseño Institucional Miguel Ángel De Dios	59
--	----

Lineamientos generales del diseño institucional de la Autoridad Nacional de la Competencia	
Juan Carlos Sanguinetti	75
La Autoridad Nacional de la Competencia: designación, funciones y facultades	
Gabriel H. Lozano y Estanislao H. Olmos	91
La Secretaría de Concentraciones Económicas: características y desafíos	
María José Rodríguez Macías	103
Articulación de competencias entre la autoridad de aplicación de la ley 27.442 y los entes sectoriales	
Agustín Siboldi	111
Bienvenida, Sala Especializada en Defensa de la Competencia	
Walter Beveraggi de la Serna	135
Del diseño institucional del sistema de defensa de la libre competencia en Argentina y de la relevancia en el mismo de la Sala Especializada en Defensa de la competencia	
Nicolás Lewin Muñoz	141
Impugnación judicial de los actos administrativos sobre defensa de la competencia y algunas reflexiones sobre la creación de una sala especializada en la materia	
Alfredo Silverio Gusman	147
Utilización de unidades móviles en la nueva Ley de Defensa de la Competencia	
Federico A. Volujewicz	157

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La persecución de cárteles en la República Argentina	
Gabriela Ariel Irizar y Carla Antonella Boidi	167

Índice General

Nuevas prácticas anticompetitivas legisladas: participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí	
Diego H. Serebrinsky	181
El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia	
Germán Coloma	187
El abuso de posición dominante (algunas reflexiones sobre el interés económico general)	
Osvaldo J. Marzorati	199
La tutela anticipada en Derecho de Defensa de la Competencia	
Teresa M. Mariño y Busquet	215

PROGRAMA DE CLEMENCIA

Programas de Clemencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia	
Diego P. Povo	233
La economía de los Programas de Clemencia	
Marina Bidart y Diego Petrecolla	251
Cartelización de la obra pública, prohibición de ofertar y el Programa de Clemencia de la Ley de Defensa de la Competencia	
Marcelo den Toom	269

CONTROL DE CONCENTRACIONES

El control de concentraciones económicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia	
Agustín Waisman	281

Bondades y falencias del control de estructuras en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: de la notificación obligatoria, control <i>ex ante</i> y prohibición de <i>gun jumping</i> al “período de transición”	
Viviana Guadagni	289
Y ahora el control <i>ex ante</i> ... ¿se acabó la discusión?	
Jorge L. Garnier	295
Implicancias del efecto suspensivo en el procedimiento y <i>gun jumping</i>	
Ignacio C. Mora y Agustina Redondo	305
Opiniones consultivas: instrumento útil para determinar si debe o no notificarse una operación. Perspectivas futuras	
Marcela I. Anchava	315
¿ <i>Réquiem</i> para el régimen de opiniones consultivas?	
Luis Diego Barry	323
Cláusulas y restricciones accesorias en el análisis de control de concentraciones de defensa de la competencia	
Laura Bierzychudek	331
Aplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia a operaciones de concentración económica en curso	
Esteban P. Rópolo	343
Partes coadyuvantes en la Ley de Defensa de la Competencia	
Francisco José Cárrega	355

RÉGIMEN SANCIONATORIO

Régimen sancionatorio de conductas anticompetitivas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: evolución normativa y análisis comparado	
Alexis G. Pirchio	363

Índice General

Sanciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: algunas consideraciones económicas	
Eduardo Stordeur (h)	381
La aplicación supletoria de los Códigos Penal y Procesal Penal en la nueva Ley de Defensa de la Competencia	
Nicolás Durrieu	395
El paso del tiempo y la defensa de la competencia: reflexiones sobre la prescripción de las acciones que nacen de la ley 27.442	
Sebastián Heredia Querro	409

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia	
Pablo Trevisán	427
Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo	
Demetrio Alejandro Chamatropulos	457
Tutela colectiva de la libre competencia	
José H. Sahián	497

VINCULACIONES ENTRE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Diálogo y vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor, desde la perspectiva argentino-brasileña	
Claudia Lima Marques y Juan José Cerdeira	515
Relaciones y complementariedad entre el Derecho del Consumidor y la Defensa de la Competencia	
Walter F. Krieger	525

Creación del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores María Carolina Abdelnabe Vila	533
---	-----

ANÁLISIS ECONÓMICO DE CUESTIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La oferta de bienes y servicios en Argentina: áreas críticas Guillermo Sabbioni	545
Innovación e inversión: desafíos para la defensa de la competencia. Aplicación al caso de Argentina Esteban Greco y M. Fernanda Viicens	561
Una aproximación económica al análisis antitrust de plataformas multilados Marcelo Celani	571
La defensa de la competencia y la política antiinflacionaria Walter Cont y Santiago Urbiztondo	589

PROMOCIÓN Y FOMENTO DE LA COMPETENCIA

La defensa de la competencia y la actividad de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales Martina Barragán y Lucía Quesada	599
El fomento en la nueva Ley de Defensa de la Competencia Hernán Leandro Reyes y Federico Esswein	611
Desafíos de <i>compliance</i> frente a la nueva Ley de Defensa de la Competencia Santiago del Rio	619

DERECHO COMPARADO

Comment and General Assessment of Law 27.442 of 2018 from a European Competition Law Perspective	
Richard Whish	639
Comentarios y evaluación general de la ley 27.442 desde una perspectiva europea del derecho de la competencia (traducción)	
Richard Whish	650
La ley 27.442 de Defensa de la Competencia. Algunas consideraciones desde la perspectiva europea	
Jaime Folguera Crespo y Pablo Solano Díaz	663
Nuevo derecho de competencia en Argentina: comentario de la ley 27.442 desde el derecho mexicano	
Carlos Mena Labarthe	681
Breves comentarios acerca de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño	
Ricardo Inglez de Souza	691
Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde el derecho chileno	
Javier Tapia	703
Establecimiento de un Sistema de Control Previo de Operaciones de Concentración en Chile: orígenes, implementación y desafíos	
Felipe Irrarázabal Philippi y Felipe Cerda Becker	715
La defensa de la libre competencia a través de la ley 27.442. Análisis desde el régimen colombiano	
Pablo Márquez, Juanita Fernández y Jorge Mario González	731

Nota de la Editorial

Cuando un tema de actualidad sobrepasa los contenidos de la *Revista Jurídica La Ley*, se recurre a un “suplemento especial”; durante este año, desde temprano, se ha recurrido a este expediente, ya en ocasión del denominado “Decreto de desburocratización y simplificación”, en donde se analizaba su impacto en el orden jurídico; luego se sucedieron otros suplementos: el que analizó la “Ley de Responsabilidad Empresaria”, el correspondiente a los “Contratos de Participación Público-Privada” y el del análisis de la ley 27.440 de “Reformas del Mercado de Capitales.” Ahora es el turno de presentar el del nuevo régimen del Derecho de la Competencia que consagra la ley 27.442.

Como se ve en todos los casos, se trata de normas fundamentales que aparejan serios cambios en el área de su pertenencia, irradiando a otras fuertes influencias, lo que justifica un tratamiento específico, focal, de quienes cultivan esas áreas para avizorar aquellas incidencias y consecuencias. Esta finalidad justifica el método usual de estos suplementos: el recurso de la obra colectiva, bajo la dirección de expertos que, en diálogo con la editorial, construyen el temario sobre el cual recaen las observaciones y desarrollos.

El derecho de la competencia, como derecho del mercado, ha ampliado sus confines; ya no es solo un derecho inherente a la “oferta”, sino que tiende a organizar las relaciones en el mercado, fijar su fisonomía y demarcar las reglas de juego generales dentro de las cuales se desarrollan las actividades de los particulares; de tal modo el derecho público y el privado se emparentan, lo que arroja un temario enriquecido. De ello da cuenta el suplemento que hoy se presenta a vuestra consideración; el que, entendemos, será de necesaria consulta hasta que aparezcan estudios más minuciosos que, no obstante, tendrán a esta contribución como referencia ineludible.

No queda más que agradecer y felicitar a los directores por su compromiso, por su visión para elaborar los lineamientos de la obra; y a los autores, de quienes se ha obtenido una formidable respuesta, en el tiempo previsto y de una calidad superlativa. Todos ustedes hacen al orgullo por este producto editorial.

FULVIO G. SANTARELLI

**Director Editorial
Thomson Reuters La Ley**

Presentación de los directores

La sanción de la ley 27.442 (publicada en el Boletín Oficial de la Nación Argentina el 15/5/2018) constituye indudablemente uno de los mojones que marcan la historia y la evolución de la normativa de Defensa de la Competencia en nuestro país y, seguramente, también proyectará sus efectos e influencia en países (sobre todo latinoamericanos) con dinámicas de mercado complejas y particulares que puedan recoger esta experiencia legislativa.

Debemos confesar que el producto final que el lector tiene en sus manos hoy se basó en un proyecto originario mucho menos ambicioso (y de una extensión en páginas ostensiblemente menor). Sin embargo, a poco que íbamos debatiendo en equipo, notamos que el índice o “árbol de contenidos” original se iba abriendo y enriqueciendo, generando temas y subtemas de una gran relevancia que no podían estar ausentes si lo que queríamos era hacer algo realmente de calidad y, sobre todo, útil, en donde se abordaran los aspectos principales de la defensa de la competencia con solvencia y profundidad técnica, pero, en simultáneo, con una visión práctica que pusiera el foco también en la implementación de las normas. Todo ello en la inteligencia de que uno de los grandes desafíos de la materia hasta hoy ha sido mejorar la eficacia y concreción del derecho positivo en la realidad cotidiana del mercado, los oferentes de bienes y servicios y, fundamentalmente, los consumidores de todos ellos.

Teniendo esto presente, hemos tenido el gusto de sentirnos acompañados por más de sesenta autoras y autores de relevancia nacional e internacional, que han aportado sus visiones y puntos de vista sobre cada una de las temáticas novedosas o relevantes del nuevo esquema normativo.

Para la elección de quienes aquí participan hemos tomado un criterio que, si bien es algo heterodoxo, estamos convencidos de que garantiza la calidad de lo aquí contenido.

Así, por ejemplo, no se ha convocado solamente a académicos del mundo antitrust, sino también a grandes referentes del mercado profesional que, aun sin dedicarse con habitualidad a la investigación, aportan un inestimable valor al mostrarnos “valores intangibles” que solo pueden ser aportados por quienes se encuentran “en la cocina” de la defensa de la competencia. Siendo conscientes de la necesidad de abordaje interdisciplinario de las herramientas reguladoras de la competencia, este mundo antitrust está integrado no solo por abogados y economistas, sino también por profesionales de otras materias que aportan su conocimiento al tema. Es por ello que se ha decidido que también participen especialistas de otras áreas, lo cual constituye un plus que seguramente permitirá enriquecer y reinterpretar desde dichas ópticas los contenidos de la ley y de los restantes trabajos de esta obra concebidos en clave jurídica.

Ello se complementa, a su vez, con un número relevante de autoridades y funcionarios del Estado de alta calidad técnica que nos entregan su visión a partir del rol que ejercen. Algunos de ellos provenientes incluso del Poder Judicial.

También hemos pensado en personalidades no habituales del mundo del Derecho de la Competencia, pero que son referentes en disciplinas estrechamente vinculadas a dicha rama, como sucede con el Derecho del Consumidor y la materia penal.

El lector verá, además, que participan autores de diversas generaciones, con sus visiones y matices, lo cual enriquece la visión sistémica de la problemática antitrust, que, indudablemente, viene transformándose al compás de la realidad sobre la cual le toca actuar en cada momento histórico.

Por último, advirtiendo que la 27.442 constituye un hito nacional en la materia, hemos convocado a referentes europeos y latinoamericanos para que, desde su perspectiva, analicen las implicancias y desafíos del nuevo régimen legal argentino.

Todo esto no hubiese sido posible sin ellos. Han trabajado “a contrarreloj” y con responsabilidad, entregando aportes muy distinguidos que son la mejor prueba documental de su gran valía profesional. Vaya nuestro especial y sentido agradecimiento a cada una de las personas que hicieron posible la concreción de este proyecto. Verdaderamente “han sacado tiempo de donde no tenían” para estar aquí presentes regalándonos su visión sobre la materia. Son los verdaderos hacedores de este trabajo.

Desde lo metodológico, hemos optado por establecer secciones temáticas para agrupar trabajos autorales que abordan tópicos similares o complementarios. En tal sentido, a una primera sección introductoria, le siguen las referidas al diseño institucional del nuevo marco normativo, la regulación de conductas anticompetitivas, el programa de clemencia, el control de concentraciones, el régimen sancionatorio, la responsabilidad por daños, las vinculaciones entre la defensa de la competencia y del consumidor, el análisis económico de la materia, la promoción y el fomento de la competencia y, por último, las visiones provenientes del derecho comparado analizando el contenido de la ley 27.442.

Queremos agradecer a la Editorial y a cada uno de sus integrantes, que han confiado en este proyecto y nos han apoyado brindándonos todas las facilidades y “flexibilidades” que hemos solicitado para hacer realidad este aporte colectivo en tres meses de trabajo (altamente) intensivo.

Lógicamente, el agradecimiento principal va hacia los miembros de nuestras familias, que son las que nos ayudan a concretar estos sueños y generosamente nos regalan parte de sus “tiempos de compartir”. Solo gracias a ese aporte (muchas veces oculto, pero decisivo), quienes somos apasionados por la materia podemos hacer realidad estos proyectos y “darnos el gusto” de verlos materializados en un aporte técnico para la comunidad profesional en particular y la ciudadanía en general.

Finalmente, solo nos queda la esperanza de que el lector juzgue la valía de esta obra de una manera positiva y, sobre todo, útil para profundizar el camino hacia la eficacia del Derecho de la Competencia como herramienta que contribuya a un más transparente y mejor funcionamiento de los mercados, cumpliendo así la manda del art. 42 de la Constitución, que deja evidenciada la jerarquía de la materia aquí abordada.

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

ASPECTOS GENERALES

.....

Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia

GUILLERMO CABANELLAS (H) (*)

I. Introducción

La sanción de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia —en adelante citada en este artículo como “LDC”— ha abierto nuevamente en nuestro país el debate respecto de la necesidad de lograr un régimen efectivo de defensa de la competencia y respecto de los medios para alcanzar tal meta.

Respecto de la necesidad de contar con un régimen adecuado de defensa de la competencia, no solo viene impuesta por el mandato constitucional (1), sino que existe hoy un consenso prácticamente universal en el sentido que no es posible el comportamiento mínimamente eficaz y racional de una economía total o parcialmente de mercado sin este tipo de instrumento jurídico (2).

(*) Licenciado en Economía y Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Máster en Derecho Comparado y Doctor en Ciencias Jurídicas, University of Illinois (EE.UU.). Asesor y Director General de Legislación Económica del Ministerio de Economía de la República Argentina (1976-1981). Asesor de la Subsecretaría de Comercio del Ministerio de Economía de la República Argentina (1990). Vocal de la Comisión Nacional de Comercio Exterior (1994-1996). Profesor de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de posgrado de la Universidad Austral Argentina. Profesor de Derecho de la Universidad de San Andrés. Autor de más de 100 artículos de Derecho y Economía publicados en Argentina, Alemania, España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón y Polonia. Autor de más de 30 libros de Derecho y Economía publicados en Argentina, Alemania, Estados Unidos y Holanda.

(1) Cfr. el art. 42 de la CN.

(2) Respecto de los fines y motivos de los regímenes de defensa de la competencia, cfr. CABANELLAS, G. - SERE-

Pese a este consenso, nuestro país no ha logrado, hasta el presente, contar con un régimen mínimamente efectivo de defensa de la competencia. Se han sucedido las leyes que imponen o modifican sustancialmente el régimen aplicable en esta materia (3), sin que ninguna de ellas haya tenido una eficacia mínimamente aceptable.

Esta ineficacia tiene manifestaciones visibles y evidentes, que van más allá del mayor o menor número de casos que resuelvan la justicia y las autoridades administrativas. En primer lugar, durante el largo período en que han estado formalmente en vigencia leyes de defensa de la competencia, se han generado prolongadas etapas en que las autoridades a cargo de la aplicación de esas leyes se han abstenido totalmente de iniciar investigaciones o imponer sanciones. Ello sucedió bajo la ley 12.906, pero también —recientemente— bajo la 25.156. En segundo lugar, la débil o totalmente ausente implementación del régimen sancionatorio de defensa de la competencia ha conducido a que los agentes económicos —fundamentalmente empresas— a que está dirigido tal régimen no modifiquen su conducta para adaptarse a las exigencias legales. En tercer lugar, el régimen de defensa de la competencia ha convivido y aún convive con regímenes jurídicos de intervención estatal en la economía frontalmente opuestos a los mecanismos de mercado que los sistemas de defensa

BRINSKY, D. H., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2017, t. 1, cap. I.

(3) Cabe mencionar, en tal sentido, a las leyes 11.210, 12.906, 22.262, 25.156 y 26.993.

de la competencia buscan proteger. El aspecto más marcado de esta inconsistencia es el aún vigente régimen de abastecimiento (4), que al permitir a las autoridades administrativas regular en forma extensiva e intensiva prácticamente toda la actividad económica hace imposible el funcionamiento de los mecanismos de mercado que el régimen de defensa de la competencia supuestamente ampara (5).

Varios motivos subyacen a estos reiterados fracasos. El principal, a nuestro entender, es la falta de un mínimo consenso, en los distintos niveles de la sociedad, respecto de la necesidad de contar con un régimen adecuado de competencia. El consumidor que se siente permanentemente agraviado por los abusos de los comerciantes no busca en la dinámica competitiva su defensa, sino en mágicas fórmulas que borren de un plumazo las mil ineficiencias del sistema económico argentino o que fijen imperativamente precios imposibles. El sector empresarial, permanente organizador de concertaciones, ve en el Estado el instrumento para organizar estos acuerdos y para impedir la competencia y sus efectos. Y a los más altos niveles del poderío económico, fuertes operaciones de lobby han frustrado los intentos de aplicar el régimen de defensa de la competencia a los casos más flagrantes de su violación.

El régimen de defensa de la competencia es así un típico trasplante jurídico, un aparato conceptual tomado de países donde tiene raigambre política y social (6), y que carece en el nuestro, al momento de su aplicación, de fuerzas suficientes para impulsarlo (7).

(4) Ley 20.680 y sus modificaciones.

(5) Cfr. al respecto CABANELLAS, G., *Régimen jurídico del comercio interior. Abastecimiento y control de precios*, Heliasta, Buenos Aires, 1999; CASTRO VIDELA, S. M. - MAQUEDA FOURCADE, S., *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Buenos Aires, 2015.

(6) Los principales regímenes de defensa de la competencia, en el derecho comparado, el de Estados Unidos y el de la Unión Europea, responden a situaciones de gran presión política dirigida a imponerlos; en los Estados Unidos, la reacción frente a los grandes procesos de concentración en sectores como el petróleo y los ferrocarriles, a finales del siglo XIX, y en Europa la reacción ante las catástrofes impulsadas por los Estados corporativistas.

(7) Es un fenómeno común a toda América Latina.

II. Situación previa a la ley 27.442

El marco conceptual de la actual LDC continúa un enfoque legislativo que se remonta a la ley 22.262. La ley 25.156 y sus reformas son una versión elaborada de la ley 22.262, y la ley 27.442 mantiene la misma estructura básica, buscando superar los obstáculos que en la práctica inutilizaron a la ley 25.156. Resulta así de especial interés determinar las fuentes intelectuales que inspiraron al proyecto convertido en ley 22.262, pues son indirectamente el fundamento de la nueva LDC (8).

La ley 22.262 responde a un proyecto elaborado en 1966 por una comisión presidida por el Dr. Enrique Aftalión. Dicho proyecto adopta ciertos elementos fundamentales que siguen orientando a la ley 27.442. Los tipos básicos de conductas prohibidos son tomados de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, de creación del Mercado Común Europeo, y la aplicación de la ley es asignada, en sus etapas principales, a organismos administrativos.

La ley 22.262 organizaba una autoridad de aplicación conformada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —un organismo administrativo designado por el Ministro de Economía— y por el secretario de Comercio. Preveía un régimen de sanciones penales en sede judicial, que nunca tuvo aplicación. En cuanto al procedimiento inicial en sede administrativa, que podía desembocar en sanciones de multa y en medidas de otra especie, dependía de la decisión del secretario de Comercio. Durante largos períodos, tampoco este procedimiento tuvo aplicación alguna, lo cual fue uno de los motivos fundamentales para impulsar la sanción de una nueva legislación en la materia, lo que se concretó en la ley 25.156.

La ley 25.156 buscó superar los obstáculos que habían frustrado la efectividad de la ley 22.262, mediante diversas reformas. Mantenía lo esencial de los tipos de la ley 22.262, pero creaba una nueva autoridad de aplicación, teóricamente independiente respecto del Poder Ejecutivo, lla-

(8) La evolución de la legislación argentina de defensa de la competencia se examina en mayor detalle en CABANELLAS, G. - SEREBRINSKY, D. H., *Derecho antimonopólico...*, cit., t. 1, cap. I.

mada Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Intentaba facilitar las acciones civiles, dejando de condicionarlas a los procedimientos administrativos. Creaba un régimen especial de control de las concentraciones, replicando la metodología existente en el derecho comparado —particularmente en la Unión Europea— en la materia.

Aunque esta ley experimentó diversas reformas —particularmente mediante el dec. 396/2001 y mediante la ley 26.993— lo esencial de su contenido mantuvo su vigencia hasta nuestros días.

Puede afirmarse sin mayores dudas que esta ley fracasó, en el sentido de no haber logrado los efectos en busca de los cuales se la sancionó. Corresponde exponer en qué consistió tal fracaso y cuáles fueron sus causas.

A estos fines, cabe observar que, con la sanción de la ley 25.156, la actividad de la autoridad de aplicación quedó dividida, fundamentalmente, en dos tipos de casos: los relativos a violaciones de su art. 1° —las llamadas “conductas”—, y los relativos a concentraciones. Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, los primeros son, con mucho, los más importantes. La mayor parte de las concentraciones carecen de todo efecto anticompetitivo, y son sujetas a un proceso de acumulación de información, por parte de la autoridad de aplicación, que finaliza, en la enorme mayoría de los casos, en la aprobación de la operación. En cambio, las “conductas” requieren complejas investigaciones, cuya dificultad se ve exacerbada por la obvia ocultación que los interesados practican respecto de sus conductas ilícitas.

Durante largos períodos, durante la vigencia de la ley 25.156, no se resolvieron prácticamente casos vinculados a “conductas”. La actividad de la autoridad de aplicación se limitaba así a la lenta gestión de inútiles expedientes relativos a concentraciones, inútiles pues nadie en su sano juicio tenía dudas respecto de la validez de los actos así “controlados” (9). Este crecimiento

en el volumen de expedientes relativos a irrelevantes —desde el punto de vista de sus efectos competitivos— concentraciones respondía, en gran medida, a que la inflación reducía constantemente el valor real de los límites excedidos los cuales debía someterse una concentración a aprobación. Ello llevó a que los trámites de esta aprobación se prologaran significativamente —fueron comunes procedimientos de cuatro años y más—, con el consiguiente encarecimiento de los actos de concentración societaria y su sujeción a largos períodos de incertidumbre en cuanto a su situación legal.

A todo ello se sumó la aprobación de varias concentraciones, que sí tenían un marcado efecto lesivo sobre la competencia, por motivos mucho más cercanos a la conveniencia política que a la racionalidad económica. Pero ello no era sino la lógica consecuencia de una autoridad de aplicación firmemente asentada en y dependiente del sistema político.

En suma, el sistema imponía un alto costo a los agentes económicos, en términos de trámites y demoras, sin resultados prácticos concretos en cuanto a la eficacia del sistema competitivo.

Varios fueron los motivos de este fracaso, no todos ellos, por cierto, atribuibles al contenido de la legislación ahora derogada. Un motivo ajeno a esa legislación, que aún es susceptible de manifestarse bajo la nueva LDC, es la existencia de un marco regulatorio de intenso contenido dirigista (10) que, de ser preferido por las autoridades —como lo fue durante gran parte de la vigencia de la ley 25.156—, hace imposible o irrelevante al régimen de defensa de la competencia. Pero otros motivos fueron consecuencia del régimen de la ley 25.156, particularmente:

períodos, mientras que la Comisión —que carecía de poder de decisión— instruíra las causas correspondientes, estas quedaban detenidas, sin decisión alguna, en el secretario de Comercio.

(10) Conformado no solo por la Ley de Abastecimiento (ley 20.680 y sus modifs.), sino también por un complejo sistema integrado por regímenes regulatorios sectoriales, normativa de comercio exterior, acuerdos impulsados por el Estado y presiones informales derivadas de organismos oficiales.

(9) Para entender estas prácticas debe recordarse que, bajo la ley 25.156, la autoridad de aplicación tenía una estructura dual, conformada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por una parte, y por el secretario de Comercio, por otra. Durante diversos

- La estructura de la autoridad de aplicación. Una de las principales —sino la principal— preocupación de los autores de la ley 25.156 fue la conformación de una autoridad de aplicación independiente de Poder Ejecutivo, superando la marcada dependencia que en tal sentido existía bajo la ley 22.262. A tal fin se preveía la formación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, cuyos miembros gozaban de estabilidad en el cargo y eran elegidos mediante un complejo procedimiento en el que participaban diversas entidades estatales y no estatales. Sin embargo, ese Tribunal nunca se conformó, en parte porque el complejo procedimiento previsto para elegir sus miembros era —en los hechos— incompatible con la duración de los gobiernos que debían impulsarlo, y en parte porque esos mismos gobiernos tenían interés en mantener la estructura “provisional” prevista por la ley 25.156 —hasta la conformación del mentado Tribunal—, integrada por las autoridades previstas por la ley 22.262, o sea, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el secretario de Comercio, figuras dependientes del Poder Ejecutivo. De esta forma, los defectos en materia de autoridad de aplicación, que la ley 25.156 debía superar, subsistieron durante toda su vigencia.
 - La falta de actualización de los valores determinantes de la obligación de notificar las concentraciones. El principal criterio utilizado por la ley 25.156 para determinar si una concentración debía notificarse, y someterse a la aprobación de la autoridad de aplicación de esa ley, era cuantitativo. El valor básico utilizado era el de la suma de la facturación de la empresa adquirente y de la empresa adquirida, que si excedía de doscientos millones de pesos daba lugar a obligación de notificar la concentración. Pero ese valor se mantuvo básicamente igual durante toda la vigencia de esa ley, siendo equivalente a doscientos millones de dólares al entrar la ley en vigencia, y a menos de diez millones de dólares al ser reemplazada. Como consecuencia de ello, la autoridad de aplicación se vio inundada por una multitud de trámites de evaluación de concentraciones, la mayor parte de ellos carentes de toda significación en el plano de la competencia. Esto a su vez condujo a detraer recursos de la evaluación de “conductas” y a demoras significativas en la aprobación de concentraciones.
 - La incertidumbre en cuanto al tribunal de apelaciones competente. Debido a la defectuosa forma en que el Poder Ejecutivo vetó parcialmente el texto original de la ley 25.156, surgieron dudas respecto de si la competencia respecto de los recursos contra las decisiones de las autoridades de aplicación de la ley 25.156 correspondía a la Cámara Nacional en lo Penal Económico o a la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Aunque la ley 26.993 preveía una solución a esta cuestión, el tribunal de apelaciones allí previsto no llegó a constituirse. De esta forma, durante la vigencia de la ley 25.156 no se llegó a contar con un tribunal de alzada predeterminado que sentara una jurisprudencia firme y clara en la materia.
- La ley 27.442 busca superar estas dificultades. Prevé una Autoridad de Nacional de Competencia, integrada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, el secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas y el secretario de Concentraciones Económicas(11). Sus miembros duran cinco años en el cargo (12), y tienen un grado importante de estabilidad, dadas las restricciones y requisitos procesales que inciden sobre su posible remoción. Su procedimiento de elección está destinado a evitar que se trate de meros subordinados del Poder Ejecutivo de turno (13).
- Prevé también la citada ley un procedimiento de ajuste de los valores excedidos los cuales las concentraciones deben ser notificadas a la autoridad de aplicación (14), evitando así la deformación de tales valores por la inflación.

(11) Cfr. el art. 18 de la LDC.

(12) Íd., art. 24.

(13) El posible éxito de este aspecto de la nueva legislación es dudoso. Nuevamente, el procedimiento de elección es de tal complejidad que, aun con un Poder Ejecutivo sanamente intencionado, y que impulse diligentemente ese procedimiento, será difícil completarlo, y mientras tanto seguirá rigiendo la vieja estructura de la autoridad de aplicación o las designaciones en comisión que formule el Poder Ejecutivo; cfr. el art. 23 de la LDC.

(14) Cfr. el art. 9° de la LDC.

También determina unívocamente el tribunal de apelación respecto de las decisiones de la autoridad nacional, que será la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal (15).

La ley 27.442 introduce otros cambios y figuras, no ya dirigidos a superar los aspectos disfuncionales de su predecesora, sino a impulsar una aplicación más ágil y efectiva del régimen de defensa de la competencia. Se los examina en los apartados siguientes.

III. La estructura básica de la LDC

La LDC mantiene la estructura básica de sus predecesoras, tanto en lo que hace a los conceptos y mecanismos jurídicos que utiliza, como en lo relativo a las principales figuras y procedimientos que emplea. Los cambios que introduce se dirigen a cuestiones instrumentales y a aspectos del detalle de funcionamiento de la LDC. Pero la importancia jurídica secundaria que puedan tener esos cambios no debe llevar a ignorar que han sido defectos aparentemente menores y secundarios en la redacción de la ley 25.156 los que han llevado a su frustración, que la nueva LDC busca ahora superar. Con estas advertencias preliminares, cabe exponer los principales aspectos de la estructura básica de la LDC.

a) Los tipos básicos. Con una redacción crecientemente compleja, la nueva LDC mantiene el perfil de tipos punibles ya delineado en la ley 22.262. Básicamente, y fuera del campo de las concentraciones —que tienen su régimen propio—, existen dos tipos de conductas punibles: la restricción de la competencia y el abuso de posición dominante (16), previstos ambos en el art. 1º de la LDC. El art. 3º de la misma prevé diversos casos especiales de figuras comprendidas en esos tipos básicos, pero su contenido es jurídicamente irrelevante y tiene funciones puramente ilustrativas. Si una conducta está incluida en el art. 1º de la LDC, pero no en el 3º,

es ilícita, mientras que si está incluida en alguna de las figuras enumeradas en el art. 3º, pero no está prohibida por el art. 1º, no es ilícita; así, solo el art. 1º determina la licitud o ilicitud de una conducta bajo los tipos básicos de la LDC.

Mayor contenido que el art. 3º tiene el nuevo art. 2º, que enumera diversas conductas que “constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia” que “se presume que producen perjuicio al interés económico general”. Estas conductas buscan reflejar a las llamadas “prohibiciones *per se*”, del derecho estadounidense (17), que en ese contexto son conductas cuyo carácter ilícito no requiere una evaluación exhaustiva de sus efectos sobre la competencia y el mercado, siendo suficiente identificar y probar extremos más sencillos —como ser la existencia de un acuerdo de precios entre competidores— para que se tenga por configurada la infracción contra el régimen de defensa de la competencia. Pero la utilidad práctica del art. 2º es muy dudosa. Es bien sabido bajo el derecho estadounidense que, aunque cierto tipo de casos encajan generalmente en prohibiciones *per se* o en su opuesta, la regla de la razón, es muy difícil construir una norma que, sin excepciones, defina una u otra categoría. Así, aunque los acuerdos de precios entre competidores son el típico caso de conducta prohibida *per se*, uno de los casos más famosos de definición y aplicación de la regla de la razón se refiere justamente a un acuerdo de precios entre competidores que fue considerado válido (18). Respecto de la presunción de perjuicio al interés económico general, que caracteriza a los casos comprendidos en el art. 2º de la LDC, ya se aplicaba bajo sus predecesoras, y no solo respecto de los casos calificables como prohibidos *per se*. Y la regla, incluida en ese art. 2º, en el sentido que los acuerdos allí prohibidos “serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto alguno”, crea más confusión que claridad, pues la misma

(17) Cfr. al respecto SULLIVAN, L. A. - GRIMES, W. S. - SAGERS, C. L., *The law of antitrust*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2016, ps. 218 y ss.

(18) Cfr. “Chicago Board of Trade v. United States”, 246 US 231 (1918). La propia LDC reconoce las limitaciones del concepto de prohibiciones *per se*, pues en su art. 29 permite que el Tribunal de Defensa de la Competencia —a su “sana discreción”— permita actos comprendidos en el art. 2º.

(15) Art. 68.

(16) Los arts. 5º y 6º de la LDC complementan a la figura de abuso de posición dominante, al definir a la posición dominante y aportar elementos que deben ser evaluados para tenerla por configurada.

regla se aplica a todos los actos prohibidos por la LDC, por aplicación de las reglas generales en materia de nulidades (19).

b) **Ámbito de aplicación.** El art. 4º de la LDC mantiene los lineamientos de sus predecesoras, en el sentido de que tal ley se aplica a todas las actividades económicas que tengan lugar o produzcan efectos en el país.

c) **Control de concentraciones.** Los arts. 7º a 17 de la LDC establecen un régimen especial de control de concentraciones, similar al previsto bajo la ley 25.156. Se basa en la prohibición de las concentraciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. Cuando las concentraciones exceden de cierto volumen económico (20), deben ser notificadas a la autoridad de aplicación previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero (21). La falta de oportuna notificación de la concentración da lugar a penas de multa (22). Las concentraciones así notificadas quedan sujetas a un procedimiento de evaluación, efectuado el cual la autoridad de aplicación puede decidir autorizar la operación, subordinar el acto al cumplimiento de condiciones, o denegar la autorización (23).

d) **Autoridad de aplicación.** La LDC modifica sustancialmente la conformación de la autoridad de aplicación preexistente, que era básicamente la organizada por la ley 22.262. En la conformación anterior, el eje de la aplicación era el secretario de Comercio, quien contaba con las atribuciones decisorias sobre el tema, siendo la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia un organismo a cargo de la instrucción y formulación de dictámenes previos a las decisiones del mencionado secretario. La nueva

legislación prevé una Autoridad Nacional de la Competencia, conformada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas (24). Siguiendo el antecedente de proyectos elaborados durante la preparación de la ley 25.156, se busca lograr una separación entre las funciones decisorias y las relativas a la instrucción y preparación de las causas y decisiones.

Los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia son designados por el Poder Ejecutivo Nacional, con base en ternas que surgen de un concurso público ante un jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Ministro de Producción de la Nación, un representante de la Academia Nacional del Derecho y un representante de la Asociación Argentina de Economía Política (25). La designación de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia requerirá acuerdo del Senado, pudiendo el Poder Ejecutivo realizar nombramientos en comisión durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo (26). Cada miembro dura en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelegido una vez (27), estando su remoción sujeta a un procedimiento especial basado en causales preestablecidas (28).

e) **Procedimiento.** Respecto de las conductas prohibidas bajo el art. 1º de la LDC, se mantiene —con ciertas modificaciones— el procedimiento en sede administrativa previsto en la legislación anterior. El procedimiento se inicia por denuncia o de oficio (29), y presenta tres etapas —delineadas con mayor claridad que en las leyes anteriores— previas al dictado de la resolución final pertinente: una primera etapa en que se resuelve la procedencia de la instruc-

(19) Cfr. los arts. 387 y 390 del Cód. Civ. y Com.

(20) Actualmente, cuando la suma del volumen de conjunto de empresas afectas supere en el país la suma de 2.000.000.000 de pesos; cfr. el art. 9º de la LDC. Existen diversas excepciones a esta regla, previstas en el art. 11 de la LDC.

(21) Cfr. el art. 7º de la LDC.

(22) Íd.

(23) Íd., art. 14.

(24) Íd., art. 18.

(25) Íd., art. 20.

(26) Íd., art. 23.

(27) Íd., art. 24.

(28) Íd. Uno de los aspectos más criticables de la nueva ley es la atribución que da al Poder Ejecutivo Nacional de remover a los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia, con sujeción a un dictamen no vinculante de una comisión *ad hoc*. Se crea una innecesaria y peligrosa dependencia respecto del Poder Ejecutivo Nacional.

(29) Íd., art. 34.

ción del sumario(30); una segunda etapa de instrucción de tal sumario(31); y una tercera etapa destinada a que los presuntos responsables efectúen su descargo, ofrezcan la prueba que consideren pertinente, y a la realización de tal prueba(32). Concluido el período de prueba, las partes y el secretario instructor de Conductas Anticompetitivas podrá alegar sobre el mérito de la misma, debiendo luego el Tribunal de Defensa de la Competencia dictar resolución(33).

f) Medidas durante el proceso. Una de las cuestiones más debatidas bajo los anteriores regímenes de defensa de la competencia fue la relativa a las medidas susceptibles de ser ordenadas por la autoridad de aplicación durante el proceso. El art. 44 de la LDC adopta una posición particularmente amplia en cuanto a las facultades de la autoridad de aplicación en tal sentido —pues permite al Tribunal de Defensa de la Competencia imponer el cumplimiento de condiciones u ordenar el cese o abstención de conductas, así como otras medidas aptas para prevenir la lesión al régimen de competencia, en cualquier estado del procedimiento—, previendo que los recursos contra estas resoluciones sean solamente con efecto devolutivo.

g) Compromiso. Desde la ley 22.262, una particularidad del régimen de defensa de la competencia, que la nueva LDC mantiene, es la posibilidad de dar fin al procedimiento mediante un compromiso en el que el presunto responsable acuerda el cese inmediato o gradual de los hechos investigados, o la modificación de aspectos de su conducta; aprobado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, el compromiso suspende el procedimiento(34).

h) Multas y otras sanciones. Las multas constituyen la principal sanción bajo la LDC. En el nuevo régimen se destaca el énfasis puesto en la posibilidad de que su monto refleje el volumen de negocios afectado por el acto ilícito sancionado así como los beneficios derivados de tal

acto(35). Las sanciones, que son impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, pueden también consistir en órdenes de cesar con el acto ilícito, la remoción de sus efectos, el cumplimiento de condiciones que neutralicen los efectos anticompetitivos del acto, la liquidación o división de las empresas infractoras, la imposición de multas diarias por el incumplimiento de las obligaciones de notificar concentraciones o de cumplir con órdenes de la autoridad de aplicación, y la suspensión en el Registro Nacional de Proveedores del Estado(36).

i) Programa de clemencia. Una de las principales novedades introducidas por la LDC es el llamado programa de clemencia(37). El programa permite eximir de o reducir las multas previstas en el art. 55, inc. b), de la LDC, para quienes reúnan diversos requisitos previstos en sus arts. 60 y 61, requisitos basados en el suministro de información a la autoridad de aplicación respecto de las conductas ilícitas y el cese inmediato de estas. El programa está orientado a superar uno de los principales obstáculos para la eficacia de los regímenes de competencia, que es la dificultad para obtener conocimiento y pruebas respecto de las conductas violatorias de esos regímenes(38).

j) Acciones civiles. Una de las principales innovaciones introducidas por la ley 25.156, respecto de la 22.262, fue la mayor facilidad para entablar acciones civiles de daños y perjuicios, fundadas en la violación del régimen de competencia. La LDC, en los arts. 62 a 65, aporta una reglamentación más detallada de estas acciones, resolviendo algunas de las cuestiones que planteaban dudas bajo el régimen anterior, como ser la relativa a los efectos de la resolución de la autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia, sobre las correspondientes acciones civiles. Sin embargo, el nuevo régimen deja aún sin resolver expresamente muchas cuestiones relativas a la interacción entre las acciones civiles y los procedimientos ante

(30) Íd., arts. 38 y 39.

(31) Íd., arts. 39 y 40.

(32) Íd., arts. 41 y 42.

(33) Íd., art. 43.

(34) Íd., art. 45.

(35) Íd., art. 55, inc. b).

(36) Íd., art. 55.

(37) Íd., arts. 60 y 61.

(38) Respecto de la legislación y práctica estadounidense en la materia, cfr. SULLIVAN, L. A. - GRIMES, W. S. - SAGERS, C. L., *The law of antitrust*, cit., p. 771.

el Tribunal de Defensa de la Competencia, que deberán ser solucionadas conforme a las normas del Cód. Civ. y Com. en materia de interacciones entre procedimientos civiles y penales.

k) Recursos. La LDC prevé el régimen de los recursos respecto de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia, solucionando varias de las cuestiones que habían quedado abiertas bajo la ley 25.156 y que dificultaron la aplicación de esta. Prevé las resoluciones susceptibles de apelación (39), los efectos de los recursos (40) y el tribunal de alzada competente (41).

l) Régimen de fomento de la competencia. La nueva legislación prevé una serie de atribuciones y obligaciones, en cabeza del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y de la Secretaría de Comercio, destinadas a facilitar la obtención y difusión de información relativa al régimen de competencia y a lograr la mejor aplicación de tal régimen (42).

m) Carácter penal. Retornando a la posición tomada por la ley 22.262 y por el Proyecto Aftalión, la ley 27.442 hace explícito su carácter penal especial, disponiendo la aplicación supletoria del Cód. Penal y del Cód. Proc. Penal (43).

IV. Los cambios introducidos por la ley 27.442

Dentro de los límites de presente estudio, cabe exponer los principales cambios que ha introducido la ley 27.442 respecto del anterior régimen dispuesto por la ley 25.156 y sus modificaciones.

a) Los tipos básicos. Conforme se expuso en el apartado 3, *supra*, los tipos básicos de conductas punibles bajo la LDC —la restricción de la competencia y el abuso de posición dominante—, se encuentran volcados a su art. 1º. La ley 27.442 ha introducido muy pequeños cambios en esta materia (44). En especial, determina

quiénes serán las personas sancionables bajo la LDC, prevé que existan responsabilidades por sus conductas adicionales a las previstas en esa ley, y elimina el requisito de que la infracción a otras normas sea declarada por acto administrativo o sentencia firme en cuanto condición para la inclusión en el art. 1º de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.

b) Las infracciones *per se*. En principio, la determinación de la existencia de una violación del art. 1º de la LDC requiere un análisis relativamente extenso de un complejo conjunto de circunstancias, particularmente la conformación competitiva de los mercados afectados, la forma en que la conducta investigada opera en ese marco y sus posibles efectos sobre el interés económico general. Pero, en la práctica, existen ciertas conductas, como ser los acuerdos de precios entre competidores, que no requieren investigar todos esos extremos, siendo suficiente la prueba de extremos más sencillos —en ese caso, la existencia de un acuerdo de precios entre competidores— para tener por configurado el ilícito. De esta forma, bajo las leyes de defensa de la competencia anteriores, si bien no existían excepciones explícitas al requisito de analizar la totalidad de los elementos previstos en el actual art. 1º, en los hechos se presentaban diversas especies de conducta, de elementos y prueba más sencillos, cuya sola configuración era suficiente para tener por violado al citado art. 1º o sus correlativos en otras leyes (45).

La ley 27.442 ha buscado sistematizar los casos de las llamadas infracciones *per se*, recogiendo la experiencia nacional y extranjera en la materia (46). Ha tropezado, sin embargo, con varios obstáculos propio de la delimitación de tales infracciones. En primer lugar, es muy difí-

complejidad en su redacción, pero manteniendo el mismo contenido efectivo incluido en la ley 22.262, que a su vez es una reformulación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, por vía del Proyecto Aftalión.

(45) El razonamiento de las resoluciones y fallos era que ciertos acuerdos restringían necesariamente, por su contenido, la competencia entre los participantes, y que esa restricción de la competencia, al apartar el comportamiento de mercado del modelo competitivo y de la eficiencia atribuible a este, también necesariamente implicaba un perjuicio para el interés económico general.

(46) Cfr. la n. 17, *supra*.

(39) Cfr. el art. 66 de la LDC.

(40) Íd., art. 67.

(41) Íd.

(42) Íd., arts. 74 a 78.

(43) Íd., art. 79.

(44) Toda la evolución legislativa de las figuras básicas mencionadas en el texto ha consistido en una creciente

cil lograr una definición mínimamente precisa de esas infracciones. Por ejemplo, la repartición de zonas entre competidores puede ser parte de un acuerdo de distribución entre tales competidores, y en tal caso puede ser complejo calificar esa repartición como “horizontal” o no, frente a la terminología del art. 2º, inc. c), de la LDC; la calificación requerirá una investigación detallada de la práctica y su contexto, que es lo que supuestamente busca evitar la figura de infracciones *per se*. En segundo lugar, es bien sabido en los Estados Unidos —origen del concepto de infracciones *per se*— que estas están sujetas a excepciones (47); para la determinación de su aplicación se hace necesaria una investigación más profunda, que termina invalidando la supuesta simplicidad de estas infracciones (48). En tercer lugar, y nuevamente reflejando la experiencia estadounidense, los efectos de que una conducta encuadre en una prohibición *per se* no son claros o precisos. En los Estados Unidos, se ha debatido si la calificación de una conducta como prohibida *per se* tiene implicancias básicamente procesales —al crearse una presunción irrefutable de que se ha configurado una restricción a la competencia—, o bien supone una modificación en el marco de las conductas ilícitas prohibidas por la legislación antitrust (49). Bajo la LDC, también se plantean dudas pues los efectos expresados en su art. 2º, imputables a las prácticas allí enumeradas, son o bien carentes de contenido práctico o jurídico —la calificación como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”—, o bien propios de todos los actos restrictivos de la competencia —la presunción de perjuicio al interés económico general y la nulidad (50).

c) Casos específicos de prácticas restrictivas de la competencia. El art. 3º de la ley 27.442 re-

(47) Cfr. p.ej. “Molinas v. National Basketball Association”, 100 F.Sups. 241 (S.D.N.Y. 1961).

(48) La propia LDC, en su art. 29, reconoce expresamente esta flexibilidad de las prohibiciones *per se*.

(49) Cfr. la n. 17, *supra*.

(50) Cabe preguntarse si, como sucede con la enumeración incluida en el art. 3º de la LDC, la función del art. 2º no es otra que la de guiar a los destinatarios de la ley, en este caso respecto de la identidad de prácticas que carecerán generalmente de justificación y cuya ilicitud puede no requerir una investigación de los mercados relevantes y su comportamiento. El art. 41 de la ley 22.262 cumplía una función similar.

itera la técnica empleada en normas anteriores consistente en enumerar, a título ilustrativo, ciertas posibles prácticas restrictivas de la competencia. Como se indicó previamente (51), esta enumeración carece de consecuencias jurídicas. La ley 27.442 ha modificado la antes incluida en el art. 2º de la ley 25.156, en varias formas. Varios de los casos previstos en ese artículo de la ley 25.156 han pasado a la enumeración de prohibiciones *per se*, incluida en el art. 2º de la LDC. Se ha agregado la figura de “participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”, que con otra redacción se encontraba en la ley 12.906. Y se introdujeron modificaciones en la redacción de varios incisos, sin alterar significativamente su contenido.

d) Definición de concentración. El art. 7º de la ley 27.442 ha agregado —en su inc. e)— una nueva hipótesis de concentración, consistente en “cualquiera de los actos del inc. c) del presente, que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa”. La redacción es muy imperfecta. Si se trata de actos incluidos en el inc. c), ya son calificados como concentración bajo ese inciso, y el inc. e) carecería de función alguna. Pero a la luz de la experiencia existente en el derecho comparado, lo que hace el inc. e) es aclarar el sentido de la adquisición de influencia sustancial sobre una empresa, concepto utilizado por el inc. c), que debe entenderse, como imperfectamente lo elabora el inc. e), en el sentido de influencia sustancial sobre la estrategia competitiva de tal empresa.

e) Elementos cuantitativos de la obligación de notificación de concentraciones. Uno de los defectos prácticos más significativos del régimen de la ley 25.156 fue la progresiva erosión del valor real de los límites cuantitativos excedidos los cuales una concentración debía ser notificada. La ley 27.442 busca superar esta falencia mediante la expresión de esos límites en forma de “unidades móviles” periódicamente ajustables (52). También se ha modificado el

(51) Cfr. el texto posterior a la n. 16, *supra*.

(52) Pero debe observarse que, tanto en dólares como en términos de poder adquisitivo, el valor del límite

concepto de volumen de negocios, a los efectos de este cálculo, particularmente mediante la inclusión de los subsidios directos percibidos por las empresas afectadas. Y se ha mejorado significativamente la descripción de las empresas computables a los fines del cálculo del volumen de negocios relevante.

f) Momento de la notificación. Entre las particularidades más anómalas del régimen de la ley 25.156 se encontraba la posibilidad de notificar concentraciones luego de efectuadas las mismas. Esta posibilidad, introducida por razones coyunturales durante las últimas etapas de sanción de esa ley, alteró sustancialmente el funcionamiento del régimen de control de concentraciones, posibilitando, en los hechos, la materialización de concentraciones y su operación durante años, pese a no haber sido aprobadas por la autoridad de aplicación. La ley 27.442 elimina tal posibilidad, exigiendo que la concentración sea notificada previamente a la fecha de perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, lo que acaeciere primero (53), y elaborando las consecuencias del incumplimiento de esa obligación (54).

g) Exenciones respecto de la obligación de notificar concentraciones. El art. 11 de la ley 27.442 mantiene lo sustancial del régimen de exenciones establecido por la ley 25.156 y sus modificaciones, pero altera la redacción de algunas exenciones, por ejemplo, inhabilitando las correspondientes a quien ya poseía más del cincuenta por ciento de las acciones de una empresa si la operación implica un cambio en la naturaleza del control (55).

h) Oposiciones a las concentraciones. El art. 13 de la ley 27.442 prevé un nuevo régimen de publicación de las concentraciones notificadas y de oposición a estas.

i) Modificación de las propuestas de concentraciones. La ley 27.442, en su art. 14, prevé la posibilidad de que, ante objeciones de la auto-

ridad de aplicación, las partes modifiquen una concentración propuesta.

j) Información insuficiente sobre la concentración. El art. 14, penúltimo párrafo, de la ley 27.442, establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado un acto de concentración de considerar que no cuenta con la información y antecedentes presentados de modo completo y correcto (56).

k) Autoridad de aplicación. La conformación de la autoridad de aplicación ha sido uno de los problemas centrales de los regímenes argentinos de defensa de la competencia, tanto al momento de diseñarse la respectiva legislación como en la etapa de aplicación de esta.

La ley 27.442 crea una Autoridad Nacional de la Competencia, conformada por un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, por una Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y por una Secretaría de Concentraciones. El Tribunal reitera la estructura tradicionalmente utilizada respecto de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (57), aunque dándole ahora atribuciones decisorias, que en el régimen hasta ahora vigente —aunque no en el texto de la ley 25.156— correspondían al secretario de Comercio. Este es eliminado de los mecanismos de aplicación de la LDC. La introducción de las mencionadas Secretarías, como parte de la Autoridad Nacional de la Competencia, permite alcanzar un cierto grado de separación entre la tramitación de la aprobación de concentraciones y la instrucción

(56) Como se desprende del mismo párrafo, la calificación de la información como incompleta o incorrecta no debería implicar que deban aplicarse las sanciones por falta de debida notificación; estas sanciones solo corresponderían si el acto se concreta pese a la falta de la debida autorización. La consecuencia de las deficiencias de la información es la posibilidad de rechazar la aprobación del acto, pero la propia LDC deja abierta la facultad de la autoridad de aplicación de aprobar la concentración.

(57) Se prevé que al menos dos de los miembros del Tribunal sean abogados, y dos profesionales en ciencias económicas (LDC, art. 27). También se prevé la designación de un miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia en carácter de presidente del mismo y de la Autoridad Nacional de Competencia; cfr. el art. 18 de la LDC.

previsto en la ley 27.442 es sustancialmente inferior al original de la ley 25.156.

(53) Cfr. el art. 9º, párr. 1º, de la LDC.

(54) Íd., párr. 3º.

(55) Íd., art. 11, inc. a).

del procedimiento relativo a prácticas ilícitas, por una parte, y las decisiones finales respecto a tales concentraciones y prácticas.

l) Procedimiento. Aunque mantiene los lineamientos esenciales del régimen anterior, la ley 27.442 ha introducido múltiples modificaciones en las normas pertinentes. Se destaca la presencia de reglas aplicables a cada una de las etapas del procedimiento dirigido a la imposición de sanciones, delineando su cierre y apertura, etapas que en las legislaciones anteriores se encontraban deficientemente definidas. También se ha dado mayor precisión normativa al régimen de medidas de prueba.

m) Medidas durante el proceso. Conforme se expuso precedentemente, la posibilidad de dictar órdenes relativas a actos o conductas de mercado, en el curso del procedimiento fue uno de los temas más debatidos bajo la anterior legislación. La ley 27.442 adopta una posición particularmente expansiva respecto de las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta materia, permitiéndole dictar medidas de distintos tipos —incluyendo órdenes de cese o abstención de conductas, así como otras medidas aptas para prevenir la lesión de la competencia o para remover los efectos de esa lesión (58)—, que solo pueden ser apeladas con efectos devolutivos.

n) Sanciones. La ley 27.442 ha introducido múltiples modificaciones a las normas en materia de sanciones. Ha elevado sustancialmente los límites máximos de las multas aplicables por violación a las prohibiciones de las conductas anticompetitivas o de abuso de la competencia, que se calculan ahora sobre la base del volumen de negocios afectado por las prácticas ilícitas y al beneficio económico derivado del acto ilícito, este último duplicado (59), y teniendo en cuenta el mayor valor de los así calculados (60). De no poder aplicarse estos mecanismos de cálculo, prevé una pena máxima cuyo valor

ajustable alcanza actualmente a cuatro mil millones de pesos (61).

También se gradúa en proporción al volumen de negocios del sancionado el valor máximo de la multa diaria aplicable en casos de violación de los deberes de notificación de actos de concentración y de las órdenes dirigidas por la autoridad de aplicación (62).

ñ) Programa de clemencia. Este programa es una innovación introducida por la ley 27.442, destinada a facilitar el conocimiento y prueba de las conductas prohibidas por la LDC.

o) Acciones civiles. La regulación de estas acciones es marcadamente más detallada en la ley 27.442 que en sus antecesoras. Debe destacarse la inclusión de una multa civil, a favor de los damnificados, que es impuesta judicialmente, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (63).

p) Apelaciones. Se destaca la creación de una Sala Especializada en Defensa de la Competencia, que actuará en el marco de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, con competencia respecto de las apelaciones previstas en la LDC en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (64).

También se destaca que las apelaciones se otorgan, bajo la nueva ley, con carácter meramente devolutivo, salvo en el caso de las relativas a la aplicación de sanciones, que tienen carácter suspensivo si existe previa acreditación de un seguro de caución respecto de la sanción correspondiente (65).

q) Prescripción. La ley 27.442 incluye un régimen más detallado en materia de prescripción, especialmente en lo que hace a las acciones civiles.

(58) Cfr. el art. 44 de la LDC.

(59) Para tener una perspectiva comparada, en el derecho estadounidense las indemnizaciones aplicables en caso de las llamadas acciones civiles alcanzan al triple del daño causado.

(60) Cfr. el art. 55, inc. b), de la LDC.

(61) Íd.

(62) Íd., inc. d).

(63) Cfr. el art. 64 de la LDC.

(64) Íd., arts. 67 y 68.

(65) Íd., art. 67.

V. Valoración general

La nueva legislación de defensa de la competencia busca solucionar los problemas concretos que han impedido el desarrollo de un régimen jurídico efectivo de tutela de la competencia en nuestro país. Mantiene la estructura teórica subyacente a las legislaciones que la precedieron —estructura que no fue el motivo de las dificultades experimentadas en esta materia—, pero recoge la experiencia habida en las últimas décadas para superar los recurrentes períodos de inoperancia que pesaron sobre la aplicación del régimen de defensa de la competencia.

Pese al ponderable, realista e informado esfuerzo legislativo que subyace a la nueva legislación, esta presenta dos talones de Aquiles. El primero es el complejo proceso de selección y designación de los integrantes de los organis-

mos de aplicación. La LDC prevé la designación en comisión de tales integrantes, por parte del Poder Ejecutivo, hasta tanto se complete dicho proceso. Se crea así, como ha sucedido bajo las normas hoy derogadas, la probabilidad de que lo provisorio se prolongue hasta convertirse en la regla, dejando nuevamente la conformación de estos organismos en manos de los intereses políticos.

Asimismo, las facultades de remoción otorgadas al Poder Ejecutivo, respecto de los integrantes de los organismos de aplicación de la LDC (66), recrean el peligro de que la búsqueda independencia de esos organismos se vea desbaratada sea por la concreción o la amenaza de los poderes de remoción.

(66) Íd., art. 24.

Monopolios: el encanto de la inflación, el arrepentimiento y la burocracia

FERNANDO C. ARANOVICH (*)

Caveat lector

El siguiente trabajo fue escrito a mediados del mes de julio de 2018 y entregado a la editorial el día 27 de ese mes. La cuidadosa revisión del editor me sugirió consultar si los drásticos cambios producidos en la economía argentina durante el mes de agosto hacían necesaria su modificación.

Si la paciencia del lector lo lleva por todo el texto podrá comprobar que lo sucedido ratifica las críticas al sistema implementado en la ley 27.442.

En efecto, la moneda argentina (peso) ha sufrido una acelerada y significativa devaluación frente a las divisas. Ello confirma la característica bimonetaria de nuestro sistema financiero.

Ni Alejandro Dumas en El conde de Montecristo podría haber descripto los dramas personales y empresarios producidos en el mes de agosto de 2018. Pero son un clásico argentino vivido en 1975, 1989, 2001 y nuevamente ahora en 2018.

La fijación de un umbral para someter las concentraciones de empresas al control de la au-

toridad de aplicación y su actualización por el futuro Tribunal de Defensa de la Competencia, previa intervención del Ministerio de Producción (cuya supervivencia se desconoce), es una decisión absurda pues la actualización anual podría ser mucho menor que la devaluación de la moneda. Es decir que los balances en dólares de empresas extranjeras convertidos a pesos harán que un número mayor de concentraciones económicas puedan quedar sujetas al control antimonopólico pese a que su relevancia no lo justifique. Solo por la imprudente conducta de la Argentina en materia de gasto público, inflación y deuda pública.

En consecuencia la referencia al dólar estadounidense evitaría un sistema ineficiente de medición y actualización.

Mi escepticismo acerca del éxito del programa de delación o arrepentimiento en el caso de conductas anticompetitivas se mantiene y solo un futuro análisis, pasados varios años, podrá determinar su sabiduría o fracaso.

El reciente desfile de funcionarios públicos y empresarios "arrepentidos" en delitos de corrupción, lavado de dinero, evasión fiscal y otras figuras penales no modifica este criterio. En primer término se trata de delitos federales donde los tribunales pueden someter a imputados y "colaboradores arrepentidos" o "delatores" o "arrepentidos" a la prisión preventiva o como condena.

(*) Abogado (UBA). LL.M. (Southern Methodist University, Dallas, USA). P.I.L. (Harvard University, Boston, USA). Ex Profesor de Economía (UBA) y de Defensa de la competencia (Universidad de San Andrés y UCA). Socio retirado de Marval, O'Farrell & Mairal. Ex director de Carrefour, Danone y Lehman Brothers (Argentina).

Ello no sucede en los casos de conductas anti-competitivas. Y no sugiero aquí tal modificación legislativa.

Es notorio el efecto que la prisión aún preventiva tiene sobre los empresarios. Véase el caso de Marcelo Odebrecht en Brasil.

Por último la futura fusión de varios ministerios o su conversión en secretarías de Estado sin eliminar las enormes estructuras burocráticas subyacentes confirma también que no parece la mejor alternativa tener una autoridad de aplicación triplicada y una sala especial en el tribunal federal para juzgar las apelaciones.

Ello implica más funcionarios, estructuras y recursos públicos y tampoco parece una prioridad para un país con un gasto público alto y una presión fiscal muy elevada sobre los contribuyentes que pagan sus impuestos.

I. Introducción

La nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) regula la materia en 92 artículos, varios de ellos con incisos, complementados por un decreto reglamentario de solo 9 artículos que conlleva un anexo con 92 artículos.

En el imaginario político argentino la sanción de una ley constituye la solución a todo problema social, económico, educativo o sanitario, con abstracción de las instituciones, de la cultura y de la propia sociedad en la que la ley se aplicará.

La LDC integra ese mundo mítico y, por supuesto, incluye el tríptico instrumental que aseguraría su éxito: un registro, multas elevadas y una extensa burocracia que conformará la autoridad de aplicación (1).

No obstante cierta prevención sobre las acciones legislativas, en este caso la LDC, afortunadamente, receptó en lo esencial las disposiciones contenidas en la ley 22.262, regulación central en el plexo normativo del comercio interior y en especial de la competencia. Es sano

(1) Se atribuye a Honoré de Balzac la definición de la burocracia como “un mecanismo gigantesco operado por enanos”.

que un cambio legislativo se produzca sobre la base de disposiciones ya consolidadas, que han dado lugar a cierta jurisprudencia en más de 30 años de vigencia cuando cambió radicalmente el viejo modelo establecido en la ley 12.906 (2).

No debe olvidarse que desde la vigencia de la ley 22.262 hubo otra modificación de relativa importancia: la ley 25.156. Esta norma, más allá de cierta cosmética normativa, solo pretendió como objetivo esencial eliminar la creación de un organismo independiente del Poder Ejecutivo nacional, encargado de sancionar las conductas anticompetitivas y aprobar, condicionar o rechazar las concentraciones económicas. La autoridad de aplicación — Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia— nunca fue constituida por medio de un concurso de antecedentes y oposición y sus funcionarios fueron designados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo nacional. Es sabida la experiencia habida en ese aspecto, con algunas renunciaciones inducidas y un control político de las decisiones que limitó la actividad del organismo de control al análisis y recopilación de información para luego, según fueran las indicaciones del poder político, sancionar, promover investigaciones de conductas y, aprobar, rechazar o condicionar las concentraciones económicas, acto máximo de interferencia política, independiente en la mayoría de los casos de verdaderas necesidades regulatoria de un mercado.

Luis Alberto Romero, prestigioso historiador argentino, escribió en *La Nación*: “Cada uno de nosotros recibimos la patria que construyeron nuestros antecesores. Nuestra tarea es mejorarla y no simplemente perpetuarla; mucho menos someternos a supuestos mandatos. Para

(2) La ley 22.262 modificó radicalmente el enfoque regulatorio de la competencia en los mercados que había establecido su predecesora la ley 12.906. El Dr. Guillermo Cabanellas, redactor de la norma y una de las mayores autoridades argentinas en la materia, incorporó los principios y disposiciones vigentes entonces en el Mercado Común Europeo, hoy Unión Europea. Normas posteriores como la ley 25.156 siguieron sus lineamientos básicos e introdujeron algunos cambios poco relevantes, a veces contradictorios con el espíritu original de la norma precedente y con cierto objetivo de ejercer un mayor control sobre la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

eso tenemos que conocer la historia, con sentido crítico” (3).

Tal como lo plantea Romero el conocimiento del funcionamiento de las instituciones, sus aciertos y errores y la recepción de normas correctas y su modernización, en forma civilizada, contribuyen a esa construcción de la patria.

No obstante el auspicioso criterio de mejorar las normas, si han demostrado su bondad (4) debe reconocerse que el contexto normativo en que se aplicará la LDC es parcialmente incompatible con la vigencia de regulaciones de orientación opuesta a sus objetivos de maximizar la competencia y limitar o impedir los efectos distorsivos de las conductas anticompetitivas.

En tal sentido se destaca el marco normativo de la actividad económica en la Argentina, vigente con avances esporádicos y retrocesos desde hace aproximadamente 70 años. En un primerísimo plano debe mencionarse la estructura arancelaria que tiene un sesgo contrario a las importaciones de bienes y servicios y hasta grava por razones recaudatorias, ciertas exportaciones. Ello significa que la competencia encuentra la primera restricción en las prohibiciones para importar bienes o en los altos aranceles que se aplican en beneficio de productores locales y, por supuesto, contra el interés de los consumidores.

En adición a esas normas arancelarias, deben mencionarse las disposiciones que fijan precios, máximos o mínimos, márgenes de comercialización y otras condiciones de venta, la burocratización de los trámites administrativos que hasta han incluido permisos previos para importar o exportar y las autorizaciones provinciales y municipales aparentemente destinadas

a condicionar la localización de supermercados, hipermercados y centros de compras. Estas normas, con modificaciones parciales y cambios cosméticos, rigen desde 1974 con la Ley de Abastecimiento, hoy ley 26.991. Estas leyes y sus regulaciones complementarias han producido un grave deterioro institucional y corrupción pública y parecen tener una influencia importante en la concepción legislativa del Congreso de la Nación pues, pese a su notoria contradicción con los objetivos de la LDC, se mantienen aún vigentes y es posible que generen en la administración pública, el convencimiento sobre su necesidad y utilidad si los aumentos o las distorsiones en los precios no pueden solucionarse con remoción de sus causales (agregados monetarios, problemas climáticos, huelgas, etc.) (5).

También es notorio el énfasis discursivo de las asociaciones de consumidores al exigir, ante problemas en un determinado mercado o en aumentos generalizados de los precios minoristas, la intervención de las autoridades encargadas del comercio interior, usualmente con medidas que impliquen el control de los precios, los márgenes de comercialización o las prohibiciones y clausuras de establecimientos. Nunca, en cambio, se escucha de dichas asociaciones, una preocupación por los altos aranceles aduaneros que impiden la competencia de productos extranjeros y generan “súper rentas” para ciertos fabricantes o comerciantes instalados en la Argentina.

Ese complejo normativo, resultado de un pensamiento retrógrado en materia jurídico-económica ha llevado a que el producto bruto interno por habitante, deflactado por el creci-

(3) ROMERO, Luis A., “El nacionalismo patológico”, *La Nación*, 7/3/2017, p. 17.

(4) Bien afirma Guillermo Cabanellas en el prólogo a la segunda edición de su obra *Derecho de antimonopólico y de defensa de la competencia* (Heliasta, Buenos Aires, 2005) que “[s]e advierte asimismo una loable toma de conciencia respecto de que la simple sanción de leyes no cumple función alguna si no está acompañada de mecanismos adecuados de aplicación de tales y de una tarea constante de los organismos competentes”.

(5) Ley 26.991; ver CABANELLAS, Guillermo (h) - ARANOVICH, Fernando, “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”, *Revista del Derecho Industrial*, 1980, t. 2, p. 311; CABANELLAS, Guillermo, “Regulación jurídica del comercio interior. Abastecimiento y control de precios”, Heliasta, Buenos Aires, 1999; CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La nueva ley de abastecimiento. Problemáticas constitucionales y legales. Reflexiones sobre la reforma dispuesta por la ley 26.991”, LL, 2014-C; ARANOVICH, Fernando, “Entre el control de precios y la defensa de la competencia”, LL del 4/9/2006.

miento demográfico, apenas creciera entre 1974 y 1994 —si es crecimiento— solo el 0,1% (6).

El atraso económico corrió *pari passu* con el deterioro institucional. El Foro Económico Mundial realizó un estudio 2006-2007 sobre la competitividad global donde evaluó 129 naciones (7), Argentina se ubicó en el puesto 69 y en ciertos indicadores solo obtuvo puestos más vergonzantes para una nación que supo estar entre los 20 países más adelantados a principios del siglo XX.

Así, por ejemplo,

- Confianza en la honestidad de los políticos: 115.
- Independencia judicial: 110.
- Respeto del derecho de propiedad: 121.
- Imparcialidad de los funcionarios: 115.
- Eficiencia del Congreso: 119.
- Eficiencia del sistema legal para defender a las empresas frente a decisiones arbitrarias del gobierno: 110.
- Pago de sobornos por las empresas: 111.
- Sobornos judiciales: 98.
- Sobornos para obtener licitaciones: 104.

No es de esperar que *dicho ranking* haya mejorado en la década siguiente y, por lo menos, en encuestas locales y en la percepción generalizada de los especialistas, no se han modificado los fundamentos ni las conductas que dan lugar a una evaluación tan negativa.

En síntesis, la modificación de la LDC aisladamente no resolverá los problemas congénitos de la economía argentina que requieren un tratamiento integral, fiscal, monetario y regulatorio para no persistir en las contradicciones actuales.

(6) DE PABLO, Juan Carlos, *La economía argentina en la segunda mitad del siglo XX*, La Ley, t. II, p. 627.

(7) Diario *La Nación*, 28/1/2007, sección 2, supl. Economía & Negocios, ps. 1 y 2.

II. Ciertos cambios introducidos por la LDC

La LDC ha introducido tres cambios, entre otros, que me interesa comentar.

II.1. La inflación

El primero es el reconocimiento explícito en la LDC de la pérdida de la soberanía monetaria argentina. Entre el 5 de noviembre de 1881 y la actualidad la Argentina extirpó 13 ceros a su moneda pasando por del peso moneda nacional, el peso ley 18.188, el peso argentino, el austral y el actual peso. Es una equivalencia de \$ m/n 1 a \$ 10.000.000.000.000.

Gran fracaso republicano que deja por obra de las propias autoridades vacío de contenido el precepto del art. 75, inc. 11 de la CN que atribuye al Congreso de la Nación “fijar el valor de la moneda”.

Hubo normas de menor trascendencia regulatoria que impusieron sanciones por faltas de tránsito cuyo importe se refirió al precio del combustible. Una manera sencilla de actualizar la pena sin exigir resoluciones de organismos deliberativos que insumían tiempo y gastos para cuestiones menores.

En cambio la LDC establece en varios artículos las cantidades de unidades que dan lugar al umbral para someter las concentraciones económicas al control de la autoridad de aplicación, las multas, los infaltables aranceles para financiar la labor del organismo a cargo de la aplicación de la LDC, etc. por medio de las “unidades móviles” cuya equivalencia en moneda nacional “considerará” (sic) el organismo el último día hábil del año anterior (8).

El procedimiento de la LDC es innecesariamente complejo pues remite a la fijación del valor de la unidad móvil por el Tribunal de defensa de la Competencia antes del 30 de enero de cada año y su publicación en el Boletín Oficial. Ese valor de la unidad móvil se usará para establecer si el volumen de negocios de las partes de una concentración económica queda sujeto a las normas de la TDC (art. 9º del anexo

(8) Art. 9º, 11, inc. e), 33, 55, incs. b) y d), 59, 84 y 85 de la LDC.

del dec. 480/2018). Asimismo, por reenvío del anexo se usa ese procedimiento para fijar las multas.

El mecanismo elegido requiere en cada oportunidad un expediente administrativo en el que intervendrán servicios internos de la Autoridad de Aplicación, del Ministerio de Producción y con el correspondiente dictamen jurídico.

Todo ello podría evitarse mediante el simple mecanismo de fijar todos los guarismos en dólares de EE.UU. y referir al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina el último día bancario de cada año calendario. Ello es sencillo y reconoce que el dólar de los EE.UU. es la verdadera moneda en la Argentina que cumple las funciones de reserva de valor, unidad de cuenta (para montos importantes) y hasta medio de pago/cancelación de obligaciones cuando los activos a transferir son empresas, campos, inmuebles urbanos y hasta vehículos de alto valor.

El peso —moneda argentina— se reserva para las transacciones de menor significación o diarias.

Nótese que solamente durante la actual administración la inflación es del 100%. Por lo tanto las actualizaciones anuales, de no revertirse el fenómeno del deterioro monetario que acompaña a la Argentina desde hace décadas, perderán significación durante el curso de un período calendario y, por lo tanto, someterán al control regulatorio, operaciones inicialmente exentas pero sujetas al control solo por el deterioro de la moneda.

II.2. La delación

Una segunda figura interesante incorporada en el capítulo VIII, titulado “Del programa de clemencia”, es la “delación premiada” o el arrepentimiento.

El art. 60 de la LDC prevé que aquellos que hayan participado en una violación a sus disposiciones pueden solicitar a la autoridad, antes de la conclusión de la instrucción o del vencimiento de un plazo extraordinario de 180 días para dicho cierre de la investigación, una reducción del 20% al 50% o la exención de las multas aplicable según el inc. b) del art. 55. Se incluye

en el programa a los directores, miembros del consejo de vigilancia, gerentes, mandatarios o representantes legales de sociedades quienes, por otra parte, son también sujetos pasivos de las potenciales sanciones de la LDC.

Esta institución es bastante frecuente en la legislación de los EE.UU. e incorporada parcialmente en la legislación continental antitrust europea. Es conocido el caso de la novelesca colusión entre las firmas Sotheby's y Christie's dedicadas a las ventas de obras de arte (además de joyas, autos de colección e inmuebles de lujo a través de asociaciones con terceros) que acordaron comisiones mínimas y otras condiciones de venta en sus servicios de subastas y ventas privadas. Viajes intercontinentales, reuniones en hoteles y restaurantes de lujo en Londres y Nueva York y reclamos de los clientes dieron lugar a que los investigadores de los EE.UU. y luego las autoridades inglesas pusieran el ojo sobre las conductas de los negociantes de arte. Finalmente, ciudadanos norteamericanos y británicos, con la colaboración de ejecutivos de Sotheby's y Christie's que se acogieron a los beneficios del arrepentimiento o delación fueron juzgados. El principal accionista y presidente de Sotheby's, Alfred Taubensfeld, fue condenado a un año de prisión, pagó una gran multa y debió vender sus acciones (9).

Recientemente en nuestro vecino país Brasil hubo dos acciones judiciales de gran magnitud conocidas como “Mensalao” y “Lava Jato”. Ambas investigaron los enormes sobornos pagados por contratistas privados de obra pública a políticos de todos los partidos en Brasil. Inclusive se investigaron sobornos pagados en otros países latinoamericanos como Perú, Ecuador y la Argentina, y también las falsedades cometidas en las informaciones provistas a la *Securities Exchange Commission* en EE.UU.

Los investigadores judiciales encabezados por el juez Moro de la ciudad de Curitiba contaron con el arrepentimiento de quienes se encargaron de crear estructuras societarias, manejar los giros internacionales, pagar los sobornos y acordar la corrupción de funcionarios y poli-

(9) MASON, Christopher, “The art of the Steal. Inside the Sotheby's-Christie's Auction House scandal”, Berkley Books, Nueva York, 2004.

ticos de varios países, la República Argentina incluida.

Las investigaciones han llevado a la prisión a prominentes empresarios, políticos y funcionarios en Brasil, Ecuador y Perú. En la Argentina, tanto en las ramificaciones locales del “Lava Jato” como en numerosos otros casos de corrupción local hoy en investigación en los tribunales nacionales, no se ha visto movimiento judicial de los sujetos involucrados para acogerse a los beneficios del arrepentimiento previsto en la ley 27.304, pese a que muchos de ellos permanecen en prisión.

¿Es este fenómeno el resultado de una cultura que hace del silencio y la complicidad valores relevantes? ¿Premia el silencio con un diviendo económico o político futuro aun a costa del sufrimiento de años de cárcel?

Aparentemente es tan fuerte el compromiso político de quienes están involucrados en delitos, por lo menos en los procesos que actualmente se sustancian ante tribunales criminales de la Argentina, que solamente se ha registrado el caso de un abogado que participó de ciertas maniobras tendientes a transferir la propiedad accionaria de una empresa impresora de moneda, valores, cheques, etc. y se incorporó al proceso como “arrepentido” (caso “Ciccione”).

Es, por lo tanto, prematuro anticipar el desarrollo de la figura del arrepentido en el derecho anticompetitivo argentino. No debe olvidarse que, además de la “extranjería” cultural de esta figura, el carácter cerrado de la economía argentina, el pequeño número de participantes locales en transacciones relevantes que “se” encuentran permanentemente en contratos, licitaciones, reuniones de cámaras empresarias, acuerdos formales o informales, los *corsi e ricorsi* de los ciclos económicos argentinos y sus conductores políticos, hacen que el arrepentimiento sea hoy una excepción salvo que la futura labor investigativa de las autoridades atemorice a los participantes y derrote sus convicciones y evaluaciones fundadas en la arraigada lentitud e ineficacia de los procedimientos judiciales.

Sin perjuicio de esos aspectos culturales y políticos que afectan al “arrepentimiento” debe tenerse presente que la legislación argentina difiere de las normas brasileñas que facilitaron las

investigaciones judiciales y ello también conspira contra el uso extenso del arrepentimiento y los programas de clemencia.

En la Argentina se sancionó la ley 27.304, llamada “ley del arrepentido”, y sus efectos también son muy limitados.

Cuando a fines del año 2016 se sancionó la ley 27.304 que modificó el Cód. Penal, llamada “ley del arrepentido” la impresión inicial fue que sucedería lo que en Brasil con el *lava jato* o en Italia con el *mani pulite*, es decir que esa herramienta legal se convertiría en uno de los pivotes para atacar la corrupción. El juez Moro, como el ex juez di Pietro, ha señalado que junto con una ley de esas características, la presión social y la conexión internacional son los tres pilares que utilizaron en sus países para desbaratar las redes de corrupción y las mafias enquistadas en el poder.

Sin embargo, aquí la ley no ha cumplido hasta ahora sus objetivos. ¿Por qué? En principio creo que la ley ha sido mal estructurada en varios aspectos: 1) no se puede eximir de pena al arrepentido, sino solo reducirle la sanción de un tercio del máximo a la mitad del mínimo de la escala prevista para el delito que taxativamente enumera; esa reducción puede, no obstante, implicar penas severas; 2) existe una limitación procesal temporal para el arrepentimiento: elevación a juicio o cierre de la investigación; 3) los acuerdos de colaboración que celebre el fiscal con el arrepentido pueden ser o no homologados por el juez y esto último queda sujeto además a un recurso ante la Cámara de apelaciones; 4) no es segura la excarcelación del arrepentido lo que puede implicar su prisión por mucho tiempo, pese al acuerdo firmado; 5) el juez tiene un año para corroborar las denuncias del arrepentido volcadas en el acuerdo; 6) finalmente el acuerdo aprobado se incorpora al proceso pero la “ejecución del beneficio se diferirá hasta el momento de dictarse la condena por el tribunal del juicio”, es decir al cabo, una vez más, de muchos años, plazo durante el cual el arrepentido puede estar en prisión sin saber si, al final se beneficiará o no”.

En Brasil la legislación consagró un sistema más simple: la declaración “premiada”, esto es, con la mera denuncia del declarante corrobo-

rada por el fiscal en corto tiempo ya se le otorga al declarante el premio y así está seguro que valía la pena denunciar a sus pares o superiores, no solo para su propio beneficio sino para evitar que otros se acojan al beneficio y él quede marginado porque el sistema promueve la celeridad y conveniencia en reclamar el amparo, antes que otros participantes lo hagan. En definitiva, nuestro sistema debería ser modificado pues al cabo de dos años de vigencia solo un procesado (el abogado Vanderbroele en el caso imputado al ex vicepresidente Boudou por delitos vinculados con la imprenta de moneda, billetes, cheques, etc. en la causa “Ciccone”) se acogió a la figura. Es decir que el premio prometido no es atractivo ni induce a romper el pacto de silencio *omertá* que caracteriza a los delitos de corrupción normalmente planeados y ejecutados en la sombra.”

Los comentarios axiológicos del profesor Franco valen también para la LDC pues, pese a la inexistencia del riesgo de privación de la libertad, la situación del “arrepentido” en los casos previstos en la LDC no garantiza certeza durante los largos procedimientos administrativos y judiciales.

Nótese que esa desconfianza social acerca de las instituciones se manifiesta también en la experiencia actual bajo la ley 27.401, llamada de “responsabilidad penal empresaria”. Esta norma permite la información anónima o identificada de casos de acoso laboral o abuso sexual, evidencias de falsificación contable, informativa, apropiación de activos corporativos u otros delitos económicos. El 92% de las denuncias es anónimo lo que confirma el temor de los ciudadanos de verse vinculados con los complejos procesos judiciales (10).

II.3. El atroz encanto de la burocracia

La tercera modificación interesante en la LDC, a mi juicio, es propia del carácter argentino. Incontenible atracción por la solución de los problemas creando más burocracia.

En efecto, hasta ahora la aplicación de la LDC estaba a cargo, inicialmente de una Comisión y luego de un Tribunal. El cambio meramente nominativo del organismo no tuvo por efecto

excluirlo de la órbita del Poder Ejecutivo nacional ni garantizar una mayor independencia y transparencia en sus decisiones.

Durante la vigencia de las leyes 25.156 y 26.993 nunca se celebraron los concursos para designar los funcionarios del Tribunal de Defensa de la Competencia y sus miembros fueron y son designados hasta este momento por decretos del Poder Ejecutivo nacional.

El popular poema gauchesco argentino *Martín Fierro* bien dice: “La ley es como el cuchillo no ofende al que lo maneja” (11).

El poder de designar las autoridades a cargo de aprobar, condicionar o rechazar las concentraciones económicas es muy grande. Y la tentación de satisfacer los deseos de participantes, cumplir acuerdos políticos no escritos y conseguir apoyos en los medios de comunicación, son paralelos a dicho poder.

La LDC creó ahora un triple sistema de autoridad de aplicación, una sala de apelación judicial, como sala especializada en la materia dentro de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal y la designación de un Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores.

La aplicación y control del cumplimiento de la LDC estará a cargo de un organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional denominado Autoridad Nacional de la Competencia (la “ANC”).

Dentro de la ANC funcionará el Tribunal de Defensa de la Competencia (el “TDC”), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (la “SICA”) y la Secretaría de Concentraciones Económicas (la “SCE”).

Los miembros de la ANC serán el presidente y los vocales del TDC (4 vocales además del presidente), el Secretario Instructor de la SICA y el Secretario de la SCE.

(11) HERNÁNDEZ, José, *Martín Fierro*, edición de homenaje a la Revolución de Mayo, Eudeba, 1960, p. 220 (“Es la ley como la lluvia/Nunca puede ser pareja/El que la aguanta se queja,/Pero el asunto es sencillo:/La ley es como el cuchillo:/No ofende a quien la maneja”. Versos 6557/6562).

(10) Diario *La Nación*, 15/7/2018, sección Empleos, p. 9.

El TDC estará integrado por 5 miembros de los cuales dos serán abogados y otros dos con “título de grado o superior en ciencias económicas” (sic). El quinto miembro puede carecer de título de cualquier grado siempre que cuente con suficientes antecedentes e idoneidad en la materia de defensa de la competencia y goce de reconocida solvencia moral (sic) según el art. 19, inc. a) de la LDC.

Resulta curioso que, con todo respeto por sus incumbencias, un odontólogo o un comerciante puedan cumplir con el requisito de experiencia, idoneidad y antecedentes sin ser economista o abogado especializado en la materia. En fin, un oxímoron.

Asimismo, tampoco resulta claro por qué el art. 28 de la LDC no exige el título de grado de licenciado en economía, carrera que existe desde hace más de 50 años en universidades públicas y privadas argentinas, y se permite que, también con respecto por las incumbencias, un profesional sin conocimientos y especialidad como un contador o un actuario pueda ser nombrado vocal del TDC.

El mismo art. 19, incs. b) y c) de la LDC prevé la dedicación exclusiva de los miembros del TDC durante su mandato, con excepción de la actividad docente. Ello es tradicionalmente receptado por las normas argentinas que regulan las incompatibilidades para los funcionarios públicos.

Curiosamente o por otra tropelía legislativa cuyo propósito no se explicita, la norma prevé que los miembros del TDC no podrán desempeñarse o ser asociados de estudios profesionales que intervengan en el ámbito de la defensa de la competencia mientras dure su mandato.

Dedicación exclusiva es dedicación exclusiva. Y es obvio que tal exclusividad incluye la actividad en cualquier otro campo y bajo cualquier forma de asociación jurídica o de hecho, *excepto el ejercicio de la docencia*.

Norma rara, innecesaria, de mala técnica legislativa y que posiblemente recepte algún precedente de actividad no transparente en violación a las normas legales y a la propia ética profesional y pública. De todos modos es repetitiva e innecesaria.

En cuanto a la sala especializada en Defensa de la Competencia dentro de la Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la LDC solo establece que estará integrada por tres miembros, uno de ellos será el presidente y otros dos vocales, con una sola secretaria, además de los secretarios que contará cada uno de los tres jueces. Su funcionamiento, como establece el propio anexo del dec. regl. 480/2018 es resorte del Poder Judicial y en el ínterin sus funciones serán cumplidas por cualquiera de las salas de la propia Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal.

Como se trata de un tribunal judicial resulta innecesario aclarar que los vocales serán abogados, que designarán al presidente de acuerdo con los reglamentos internos de la justicia federal y, como corresponde, estarán sujetos a todas las normas de superintendencia que dicte la Corte Suprema de Justicia de la Nación y excluidos de las normas administrativas que regulan la función pública.

Además de la pléyade de funcionarios listados, la LDC prevé que el TDC podrá requerir dictámenes no vinculantes sobre los hechos investigados a personas humanas o jurídicas de carácter público o privado de reconocida versación” (art. 52 de la LDC). La norma no aclara si tales dictámenes se emitirán *ad honorem*, aunque ello fácticamente sea poco probable.

Adicionalmente, el presidente del TDC podrá efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente fijando las condiciones de trabajo y su retribución. El personal permanente del TDC estará regido por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 18 de la LDC) y el objetivo parece ser el de quitar a los empleados la protección propia del estatuto de la función pública. Cualquier discrecionalidad o persecución política dejará a los funcionarios sin el escudo protector de la estabilidad en el cargo que el buen desempeño de sus funciones otorga los empleados públicos.

Tampoco es claro que sucederá con los actuales empleados públicos que se transfieran de otras dependencias públicas a la ANC, la SICA y la SCI? ¿Cuál será su régimen laboral: público o privado?

El primer paso para poner en funcionamiento el TDC (y paralelamente la ANC, la SICA y la SCE)

es la realización rápida de los concursos, el nombramiento de los funcionarios que la LDC exige, con aprobación del Senado de la Nación y la puesta en marcha de las estructuras administrativas y judiciales previstas para llevar a cabo sus tareas.

Hasta ahora cualquier intento de designar funcionarios que no fueran simples “comisionados” del Poder Ejecutivo nacional, designados por y removibles por decreto de ese mismo Poder, ha fracasado. Si ello se cumple esta vez y esos funcionarios, idóneos y calificados en concursos públicos y transparentes, son designados, se habrá dado un gran paso adelante hacia la institucionalización del sistema de defensa de la competencia.

Distinta suerte tiene la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal. Este tribunal que forma parte del Poder Judicial de la Nación, ha tenido y tiene integraciones y decisiones, compartidas o no, bien fundadas y alejadas de sospechas de favoritismo o presión política. Es de desear que la creación prevista por la LDC de una sala especializada en defensa de la competencia, dentro del mismo tribunal mantenga los altos estándares, criterios y comportamientos del prestigioso tribunal. Ello más allá de verificar, pasados ciertos años, si la sala tiene una cantidad de casos suficiente que justifique su existencia especializada exclusivamente en la defensa de la competencia.

El propio anexo al dec. 480/2018 que reglamenta la LDC prevé la designación en comisión de los miembros del nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia hasta tanto se completen los concursos de antecedentes y oposición para su designación y aprobación por el Senado de la Nación.

Dado que en el año 2019 habrá elecciones nacionales y provinciales para la elección de Presidente de la Nación, diputados, senadores, gobernadores y legisladores provinciales, es casi imposible que se complete el proceso de designación de las autoridades de todos los organismos que integran la autoridad de aplicación prevista por la LDC. Más aún es posible que los aspirantes a los distintos puestos políticos electivos prefieran demorar esas designaciones para permitir luego la elección de candidatos afines o cercanos a

quienes ejerzan la autoridad nacional ejecutiva y el Senado de la Nación a partir de diciembre de 2019.

Es de conocimiento público que la República Argentina sufre actualmente una de sus recurrentes crisis económicas. Las universidades, consultoras y los economistas especializados estiman que el gasto público es superior al 43% del producto bruto interno; más de un tercio del gasto corresponde a jubilaciones, pensiones y asignaciones y el 14% se destina a atender los servicios de la deuda pública. Dado que una alta proporción de dichos gastos se financia con recursos no genuinos (préstamos internos y externos) no parece prudente la creación de tres nuevos organismos ni la designación de más funcionarios y empleados públicos.

El Poder Ejecutivo nacional tiene hoy 22 (¿o 20?) ministerios, 87 secretarías, 207 subsecretarías, 687 direcciones nacionales. A ellos se agregan sus diversos asesores y personal de planta permanente; el Congreso Nacional se integra con 257 diputados, 72 senadores, y emplea a 16.000 personas. Similares estructuras se repiten en las provincias y en la ciudad de Buenos Aires y, en menor escala, en los municipios.

No escapa el Poder Judicial a este gigantismo y su sistema de procedimientos que en plazos, uso del papel y recursos es casi medieval y presta un servicio que la sociedad en general califica como lento e ineficaz.

La visión ciudadana y la evaluación de los especialistas sobre el excesivo tamaño de la administración pública, en todos sus niveles, recibe una confrontación brutal con la decisión del Congreso Nacional de crear tres nuevos organismos para un resultado, a mi juicio, cuestionable.

En ese sentido se puede citar el desempeño de la entonces Comisión Nacional de Defensa de la Competencia entre 1999 y 2005 en que analizó 382 concentraciones económicas, según datos extraídos de la información publicada por la Comisión en www.meccon.gov.ar/cndc.memoriaOO/indice.htm: se aprobaron 358 concentraciones (93,70%), se condicionaron solo 21 (5,5%) y se objetaron 24 (6,3%). Ante dichos guarismos, la nueva estructura tripartita de análisis con tantos organismos involucrados parece un lujo casi obscuro.

A la misma conclusión puede llegarse si se analizan los resultados de las conductas anticompetitivas juzgadas. Sobre 134 casos se desestimaron 60 (casi 45% del total) y solo se sancionaron 12(12).

La sociedad argentina tiene necesidades apremiantes y la prioridad es liberar las energías productivas, limitar las trabas burocráticas y reducir el costo, material y administrativo que el sector público impone al sector privado de la sociedad, que es el creador de riqueza.

Procedimientos administrativos, regulaciones de control, funcionarios de los tres poderes con privilegios insostenibles tanto en actividad como en pasividad, regímenes que fomentan o toleran el incumplimiento y el ausentismo, instituciones débiles y, en muchos casos, corruptas dan como resultado el actual estado de la sociedad.

Ello no se arregla creando múltiples organismos para analizar administrativamente denuncias por presuntas conductas anticompetitivas (muchas veces fomentadas por las propias regulaciones) o concentraciones económicas que son también en muchos casos resultado de fusiones a nivel mundial. Funciones superpuestas, horarios reducidos, y exigencias burocráticas solo demorarán la puesta en marcha de proyectos o encarecerán la actividad privada sin agregar valor alguno.

La evaluación del Foro Mundial antes citada solo confirma la visión de la propia sociedad argentina cuando puede expresarse secretamente. La asfixia que supone un enorme Estado en sus tres niveles, que grava en proporciones casi insostenibles a los contribuyentes para mantenerse a sí mismo y retorna servicios de seguridad, justicia, educación e infraestructura de poca calidad o inexistentes y destina excesivos recursos al pago de salarios y pasividades, a veces privilegiadas, solo engendra mayor pobreza y atraso.

En el año 2014 propuse(13) una estructura para la aplicación de la LDC mucho más simple

(12) ARANOVICH, Fernando, "La legislación antimonopólica...", cit.

(13) ARANOVICH, Fernando, "Antitrust: una propuesta regulatoria", ED del 27/5/2014.

y esencialmente un poco más alejada del Poder Ejecutivo.

En esa propuesta el organismo a cargo de la defensa de la competencia debería estar en jurisdicción del Poder Judicial. Fuera del Poder Ejecutivo para alejar las tentaciones de acuerdos ente empresas y el propio poder. Ese organismo, ese Tribunal, tendría como tribunal de alzada la Cámara Nacional de Apelaciones Federal Civil y Comercial. Y la creación de una sala especializada dentro de la propia Cámara prevista ahora por la LDC, parece un mecanismo interesante para agilizar el funcionamiento de la propia Cámara, aunque no es imprescindible.

Es evidente que el Poder Ejecutivo nacional no puede ser ajeno a los asuntos económicos que por su magnitud (ciertas concentraciones) o por sus efectos potencialmente negativos (conductas anticompetitivas) y a tal efecto una Secretaría dentro del Ministerio de Economía, hoy inexistente, o del actual Ministerio de Producción, podría actuar como una especie de fiscalía representando el interés público en la aprobación, condicionamiento, o prohibición de una concentración económica y en el análisis de una actividad anticompetitiva. La decisión al recaer en un tribunal en la órbita del Poder Judicial aleja en mayor medida las influencias, *lobbys* y poder de empresarios y funcionarios administrativos.

Lamentablemente nuestro Leviatán sigue creciendo. Devora todos los recursos y exige cada día más a la sociedad. Nuestra tradición histórica en materia de empleo público confirma esta natural inclinación a su reproducción geométrica con baja productividad y fuerte interferencia sindical.

La evaluación del desempeño de estos nuevos organismos, la cuantificación de su valor agregado a la sociedad argentina y el análisis de la relación costo-beneficio de su propia existencia solo se podrán juzgar una vez pasado un plazo prudencial; entonces los legisladores deberán evaluar las reformas necesarias para corregir las deficiencias del sistema, si las hubiere, y garantizar la independencia y transparencia institucional imprescindibles en la sociedad del siglo XXI.

La protección de la competencia en Argentina.

Próximos desafíos de cara al futuro

MIGUEL DEL PINO (*)

I. Introducción

El objeto del presente artículo es hacer un análisis global de cómo ha evolucionado el derecho de defensa de la competencia en los últimos 40 años en la Argentina. Por más que la primera ley en el país data de 1923 —como veremos en profundidad más abajo— este último plazo ha sido el de mayor aplicación de la ley, debido a que principalmente en dicho lapso se han aprobado leyes cuyo contenido y aplicación por las autoridades designadas han impulsado su implementación en la Argentina. Esto también llevó a un incremento sustancial en la actividad de contralor estatal en la que vale destacar la resolución de casos sustanciales en la materia, a pesar de los altibajos propios de un país prapenso a la inestabilidad institucional.

Durante estos últimos 40 años el mundo vivió un cambio fundamental en el desarrollo y la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Solo para ejemplificarlo, en 1990 cerca de 12 países contaban con una regulación de defensa de la competencia. Sin embargo,

para el año 2016, 85 países contaban con legislaciones que la protegen.

No puede dejar de observarse que el consenso mundial ha sido que la defensa de la competencia, proveniente de los abusos unilaterales de posición dominante, de la acción colectiva de cartelización u otras formas de asociación ilícita, o bien, de las concentraciones económicas perjudiciales para el consumidor, es fundamental en cualquier política económica basado en el libre juego de la oferta y la demanda. El mundo vivió este cambio y regionalmente el impacto también se sintió por América Latina. Brasil es un claro ejemplo de liderazgo en la legislación, con una regulación prevé el control de concentraciones económicas desde 1994, y así también lo han incorporado México, desde el año 1993, Colombia desde 2009, o mismo, Chile desde el 1 de junio de 2017.

Tal como se verá durante el desarrollo del presente trabajo, si bien el concepto de defensa de la competencia engloba la protección de distintas conductas consideradas anticompetitivas como las unilaterales, las exclusorias, las colusorias, los abusos de posición dominante o la concreción de concentraciones económicas anticompetitivas, la evolución de la práctica ha demostrado que el foco de análisis de las autoridades se encuentra puesto en dos cuestiones principales: (i) la persecución de las conductas colusorias (“cárteles”) y (ii) la prevención de las concentraciones económicas anticompetitivas. Un análisis de la jurisprudencia Argentina o regional, demuestra a las claras que el enfoque gubernamental se ha orientado principalmente hacia estas áreas.

(*) Ingresó a Marval, O’Farrell & Mairal en 1998 y fue designado socio en el año 2008. Actualmente dirige su práctica de defensa de la competencia. Se graduó como abogado de la Universidad de Buenos Aires en 1994 y en 1997 obtuvo un *Master of Laws* de la University of Pennsylvania. Es profesor de Derecho de Defensa de la Competencia en el curso de posgrado de Derecho Empresarial Económico de la Universidad Católica Argentina. El autor agradece particularmente la colaboración de Agustina Redondo y Agustín Gonzalo Calderón en el presente trabajo.

Por el lado de las conductas colusorias, las mismas son consideradas como aquellas que poseen la mayor capacidad para afectar a los consumidores, ya sea por su potencialidad de disminuir la cantidad y/o calidad de los productos ofrecidos por las empresas productoras, como también, por la marcada suba de precios que pueden ocasionar. Producto de estas graves consecuencias, la persecución de cárteles ha incorporado en prácticamente todas las legislaciones de la región, y más recientemente en la Argentina, con el instituto de la clemencia, el cual sirve para que los arrepentidos denuncien la existencia de un cártel y así obtener inmunidad sobre las sanciones que se pudieran aplicar.

En el caso de las concentraciones económicas, la práctica institucional ha tendido a destinar una gran cantidad de tiempo en atender esta preocupación. El hecho de tener que mostrar una “foto” que refleje una proyección de cómo serán las compañías fusionadas y cuáles serán los potenciales efectos sobre el mercado relevante en forma previa a la realización de la misma, ha generado un gran nivel de atención por parte de la autoridad. Esto se ha exacerbado a través de circunstancias tales como umbrales de notificación bajos, los cuales generalmente apuntan a la facturación de las compañías involucradas y se encuentran fijados en moneda local sujeta a inflación. Esta especial atención ha generado que las autoridades se focalicen más en este asunto, que en la investigación de conductas anticompetitivas. El tiempo dirá si sujetar al análisis previo un gran número de transacciones justifica el dispendio jurisdiccional que las mismas generan ya que — como se expondrá más adelante — las estadísticas reflejan que sobre un gran número de transacciones analizadas, tan solo unas pocas reciben modificaciones (es decir, sujeción al cumplimiento de condiciones) y muchas menos aún, el rechazo por parte de la autoridad.

Entre 1980 y la fecha, la Argentina ha contado con 3 legislaciones sustanciales de defensa de la competencia, las que serán analizadas pormenorizadamente a continuación. El gran cambio se inicia con la sanción de la ley 22.262 en 1980, continúa con la aprobación de la ley 25.156 en 1999 (parcialmente reformada por la ley 26.993 en el año 2014) para luego pasar a la recientemente sancionada ley 27.442 en mayo de 2018.

A pesar de la creciente evolución regulatoria en la materia, aún son muchos los desafíos que tienen el gobierno y las autoridades de aplicación pertinentes para una efectiva aplicación de la ley vigente. Actualmente el mayor desafío es la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia, ente descentralizado y autárquico, cuya creación se encuentra ordenada en el art. 18 de la presente ley. La ley 25.156 había creado un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Sin embargo, por razones de índole política e institucional, el mismo nunca fue constituido desde su ordenamiento en 1999. Gran parte de las críticas provenientes de la baja aplicación de las legislaciones de defensa de la competencia en Argentina se deben a la falta de creación de este tribunal independiente y al mantenimiento de una autoridad administrativa, como es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”), directamente dependiente del secretario de Comercio de la Nación.

Tal como se observa en países vecinos como Chile y Brasil, la independencia de la autoridad de defensa de la competencia ha sido vital para un sólido desarrollo de la materia y una efectiva aplicación de sus normas. Una autoridad que cuente con la capacidad de ejecutar adecuadamente sus decisiones (*enforcement*) ha demostrado ser el camino adecuado para controlar la competencia en un país.

Para poder analizar el desarrollo de la defensa de la competencia en la Argentina, es necesario primero realizar una breve reseña sobre las distintas legislaciones pasadas, para luego así, proceder a un breve repaso de los principales casos que fueron analizados por la autoridad. A modo de conclusión, serán desarrollados los principales desafíos que tiene la aplicación de la ley 27.442 con base en los errores cometidos en el pasado.

II. Evolución de la Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina

II.1. Ley 22.262

Si bien con anterioridad a la sanción de la ley 22.262 la Argentina ya contaba con normas tendientes a defender la competencia en los mercados y a reprimir el monopolio (específicamente, la ley 11.210 de 1923 y su sucesora la

ley 12.906 de 1947), fue recién con la sanción de esta última, en agosto de 1980, que se incorporó una legislación tendiente a sancionar conductas que puedan afectar, limitar, restringir o distorsionar la competencia en el mercado. La promulgación de dicha ley en la década de los ochenta fue el puntapié inicial de la defensa de la competencia en Argentina.

Tal como surge de la exposición de motivos de la ley 22.262, sus objetivos principales fueron: 1) definir con mayor precisión las conductas reprimidas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, 2) instrumentar un procedimiento administrativo orientado a velar por la competencia y 3) elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar de modo cabal el correcto funcionamiento de los mercados (1).

Con el dictado de esta ley, se incorpora la noción de posición dominante y se destaca la inclusión del concepto de interés económico general, aún vigentes en el ordenamiento actual, aunque con algunas modificaciones. De aquí la importante relevancia de esta legislación, ya que la misma impuso el sistema de la regla de la razón, determinando que las conductas anticompetitivas no serán consideradas ilegales *per se*, sino solo si las mismas poseen capacidad de afectar al interés económico general. Este concepto de regla de la razón se ha mantenido en el tiempo con distintas interpretaciones, a pesar de ser considerado como un estándar vago y de difícil definición. Es pacífica, no obstante, la jurisprudencia y doctrina en cuanto a que el mismo se refiere a la protección de los consumidores por los perjuicios que los daños a la competencia les pudiera ocasionar, tales como mayores precios, menores cantidades de productos o inferior calidad de los mismos. Construyendo sobre este concepto de interés económico general, la norma también impuso un umbral muy amplio respecto a su aplicación. No cualquier conducta anticompetitiva se encuentra prohibida, sino solo aquellas que tengan la capacidad de afectar al interés económico general, a saber, aquellas que tengan la entidad para afectar a un grupo importante de consumidores en un mercado determinado.

(1) Exposición de Motivos Ley 22.262 (ADLA XL-C-2523 y ss.)

La ley 27.442 modificó en forma parcial el umbral de perjuicio al interés económico general, ya que para algunas conductas colusorias, los cárteles de núcleo duro, ya no es necesario demostrar un perjuicio al económico general, pudiendo la autoridad sancionarlos de manera directa, es decir, sin aplicar el principio de la regla de la razón y demostrando simplemente su existencia.

Al igual que las anteriores leyes, esta ley también se caracterizó por ser de marcada índole penal. Sin embargo, fue este instrumento el que, a diferencia de sus predecesoras, dio nacimiento a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”), organismo que (aunque con modificadas atribuciones) ha sobrevivido como agencia de control de la competencia a las sucesivas reformas que ha visto la Ley de Defensa de la Competencia. La CNDC ha sido la creadora de la actual aplicación del derecho de defensa de la competencia en Argentina.

II.2. Ley 25.156

En septiembre de 1999 se promulgó la ley 25.156, cuyo principal objetivo fue incorporar al régimen sancionador de la ley 22.262 un régimen preventivo tendiente a evitar las concentraciones de mercado generadas a través de fusiones y adquisiciones de empresas de las cuales podrían derivar restricciones a la competencia con potencial perjuicio al interés económico general.

Se incorporó así, por primera vez, un régimen de control de concentraciones económicas en la Argentina. Si bien el espíritu de dicho régimen era que la autoridad de aplicación evaluara y autorizara una determinada concentración económica con anterioridad a su ocurrencia, dada la redacción que se le dio al art. 8º de dicha normativa, en la práctica se estableció un control *ex post*. Es decir, un sistema en el cual las partes involucradas en una determinada transacción de concentración económica estaban habilitadas para concluir una transacción y notificarla ante la autoridad de aplicación antes de dicha fecha, o bien, dentro del plazo de una semana posterior a dicha fecha.

Como parte de las modificaciones instauradas por la ley 25.156, se eliminó parcialmente

el carácter penal de la regulación sobre conductas anticompetitivas y se estableció un procedimiento de tipo acusatorio y penal administrativo. Esto tuvo como consecuencia causar mucha controversia en relación con el fuero judicial competente encargado de tratar los recursos de apelación interpuestos ante las decisiones administrativas en materia de defensa de la competencia.

En relación con la autoridad de aplicación, el art. 17 de la ley 25.156 creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, cuyo objetivo era aplicar y controlar el cumplimiento de las disposiciones de la ley 25.156. El Tribunal iba a estar integrado por 7 miembros competentes para ejercer dicho cargo, de los cuales 2 al menos serían abogados, otros 2 profesionales en ciencias económicas y todos ellos debían contar con más de 5 años en el ejercicio de su profesión (2).

A pesar de la intencionalidad y suficiente claridad de la ley, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia jamás fue constituido. Esta acefalía institucional fue objeto de largos debates tanto a nivel doctrinal como así también a nivel judicial, con relación en la competencia jurisdiccional de la CNDC y del secretario de Comercio. Esta contienda llegó a su fin mediante dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (3) de las cuales se determinó la continuación del sistema regulatorio dual creado por la anterior Ley de Defensa de la Competencia (22.262), compuesto por la CNDC y la Secretaría de Comercio. En dicho sistema, la CNDC se encargaba de realizar el análisis técnico sobre control de concentraciones económicas e investigaciones, para luego realizar recomendaciones a la Secretaría de Comercio dependiente del entonces Ministerio de Economía, el cual contaba con las facultades resolutivas.

(2) Conforme lo establece el art. 18 de la ley 25.156.

(3) Sentencias dictadas por la CS, en autos "Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (SC 1216L. XLI)" y "Recreativos Franco s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (SC, R.1172, L. XII)".

II.3. Ley 26.993

El 17 de septiembre de 2014, el Congreso Nacional de la Nación reformó parcialmente la Ley de Defensa de la Competencia a través de la promulgación de la ley 26.993, denominada "Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo". Esta reforma implicó (i) la creación de un sistema preliminar mediante el cual los consumidores podrían solicitar una conciliación con las compañías en relación con sus denuncias, (ii) la incorporación de una nueva rama dentro del Poder Judicial, a saber, la "Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo", (iii) la modificación a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y (iv) la modificación de ciertos artículos de la ley 25.156 de defensa de la competencia.

Las reformas mencionadas en el párrafo anterior fueron parte de un paquete de transformaciones impulsadas en 2014 por el gobierno de turno, con el objetivo de ejercer un mayor control sobre los precios e intentar combatir el contexto inflacionario. Sin embargo, en la práctica la reforma no surtió los efectos esperados en tanto, entre otras causas, la Ley de Defensa de la Competencia no tiene por efecto el control de la inflación y los aumentos de precios, sino la protección de los consumidores por los perjuicios que pueden derivar de prácticas anticompetitivas.

Específicamente en el ámbito de la defensa de la competencia, luego de años de fracaso institucional, la ley 26.993 eliminó la figura del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y estableció un sistema dual que se asemejaría en autoridades y funcionamiento a la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que había estado vigente en la práctica durante años.

Por otro lado, la modificación incorporó el sistema de *solve et repete* para las apelaciones de las sanciones impuestas. La concesión de un recurso de apelación estaba sujeto al efectivo pago del monto de la multa impuesta, a menos que se pudiera demostrarse "un perjuicio irreparable".

La ley 26.993 incluyó un cambio radical en relación con la ley de procedimiento supletoria.

Mientras el texto de la ley contenía ciertas disposiciones de carácter procesal, el antiguo art. 56 de la ley 25.156 establecía que en aquellos casos no previstos serían aplicables las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, añadiendo en el siguiente artículo que las provisiones de la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549, no serían aplicables a la Ley de Defensa de la Competencia. Bajo la redacción del art. 56 propuesta por la ley 26.993, la Ley de Procedimiento Administrativo pasó a ser la ley supletoria en aquellos casos no previstos por la Ley de Defensa de la Competencia, un indicio más de la voluntad del poder legislativo de eliminar el histórico carácter penal a la regulación de defensa de la competencia.

II.4. Ley 27.442

Con fecha 9 de mayo de 2018, se sancionó la actual ley 27.442 la cual introdujo actualizaciones sustanciales al régimen de defensa de la competencia en Argentina. Tal como será analizado a continuación, este nuevo ordenamiento trajo consigo modificaciones sustanciales requeridas desde hace mucho tiempo por los practicantes y la autoridad de aplicación en la materia.

En primer lugar, la ley 27.442 crea una nueva autoridad de aplicación, la Autoridad Nacional de la Competencia, como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Dentro de dicho organismo, funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas. Hasta tanto la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia sea integrada, la CNDC y el secretario de Comercio continuarán como encargados de ejercer las funciones determinadas por la ley 27.442.

Desde el punto de vista de las concentraciones económicas, la ley 27.442 actualiza los umbrales de notificación de concentraciones económicas como así también los umbrales aplicables a la excepción *de minimis*, fijándolos en unidades móviles, las cuales se actualizarán anualmente. Cabe destacar que previamente ambos umbrales se encontraban determinados en pesos argentinos (\$ 200.000.000 y

\$ 20.000.000 / \$ 60.000.000 respectivamente). Dicha modificación tiene como objetivo primordial evitar que los montos se vean desnaturalizados a causa de la permanente inflación y devaluación que caracteriza a la economía argentina.

Adicionalmente, la ley 27.442 modifica el sistema *ex post* de control de concentraciones económicas, disponiendo que luego de un año de la puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia, las partes deberán obtener la autorización de dicho organismo como condición precedente para poder efectuar el cierre de la transacción. Esto implica que la ley modificatoria instaura el régimen conocido como *ex ante* el cual le otorga mayor seriedad y entidad a la autoridad de aplicación evitando que las operaciones de fusiones y adquisiciones puedan cerrarse societariamente antes de tener su aprobación de defensa de la competencia. Esta modificación requiere planificación y celeridad por parte del ente, motivo por el cual la ley estableció el plazo de un año de mantenimiento del actual sistema no suspensivo (es decir, de notificaciones hasta 7 días corridos luego de su cierre), para luego entonces pasar al nuevo régimen suspensivo.

Por otro lado, con la sanción de la ley 27.442, se incrementan también los montos que deberán abonar quienes no den cumplimiento a la obligación de notificar (*gun jumping*) o quienes implementen la transacción previa autorización de la Autoridad Nacional de la Competencia, la cual se fija en una multa diaria de hasta 0,1 % del volumen de negocios nacional consolidado del grupo al que pertenezcan los infractores. En caso en que dicho cálculo no pueda realizarse, la multa podrá ser elevada hasta 750.000 unidades móviles (equivalente a \$ 15.000.000, conforme el valor actual de la unidad móvil: \$ 20 pesos argentinos).

Respecto a las conductas anticompetitivas, tres son los cambios principales que introduce la nueva ley. Por un lado, se incluye en el art. 2º, ciertas conductas que se presumen prácticas “absolutamente restrictivas” a la competencia. Dichas conductas son las conocidas por la doctrina internacional como *hard core cartels* (cárteles de núcleo duro). Incluyendo prácticas como fijación de precios, limitación de produc-

tos o servicios, repartición de mercados y acuerdos de coordinación de licitaciones. Según determina la ley, estos acuerdos serán considerados nulos de pleno derecho y, por lo tanto, “no producirán efecto jurídico alguno” (4).

En segundo lugar, y luego de varios intentos fallidos, la ley 27.442 incorpora el instituto de la clemencia, cuyo fin es facilitar la investigación de acuerdos entre competidores, estableciendo dos posibles escenarios para los que se acojan al beneficio, sobre la base de prioridad de llegada: exención o reducción de multas, así como inmunidad con respecto a ciertas sanciones criminales, y reparación de daños y perjuicios (salvo ciertas excepciones). Esta inclusión es muy bienvenida, no solo por su extendida inclusión en los regímenes de defensa de la competencia más desarrollados del mundo (caso de la Unión Europea), sino también por la conocida dificultad y correspondiente estipendio público requerido por parte de los órganos de control de poder detectar y perseguir efectivamente los casos de cartelización.

En tercer y último lugar, la nueva Ley de Defensa de la Competencia incrementa las multas a las que serán pasibles quienes comentan conductas anticompetitivas conforme lo previsto por la ley 27.442. En particular, la reglamentación establece que las partes infractoras podrán ser multados por la multa que resulte más alta de las siguientes sanciones: (i) multa de hasta el treinta por ciento (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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (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 (ii) multa de hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.

En el caso de que la multa no pueda determinarse mediante el uso de estos factores, se puede imponer una multa de hasta 200.000.000 unidades móviles (equivalente a \$ 4.000.000.000, conforme el valor actual de la unidad móvil: \$ 20 pesos argentinos).

Finalmente, la ley 27.442 reinstaura el debate sobre la ley supletoria. En este sentido, establece en el art. 79 que serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en la presente el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. Así, volviendo a anteriores disposiciones, no serán aplicables las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549.

III. Concentraciones económicas

III.1. Estadísticas de concentraciones económicas analizadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Para comprender el desarrollo del régimen de control de fusiones en la Argentina, es propicio, en forma previa examinar las estadísticas de esta actividad de contralor estatal desde su implementación en el año 1999 mediante la sanción de la ley 25.156. Para ello, a continuación se acompaña un detalle anual de todas las concentraciones económicas que fueron analizadas por la CNDC y respecto de las cuales se emitió una resolución. El análisis se basa en los dictámenes que se encuentran publicados en la página web de la CNDC disponible online en: <http://cndc.produccion.gob.ar/>.

Estadísticas concentraciones económicas CNDC						
Año	Casos	Autorizadas art. 13. a)	Autorizadas art. 13.a) con Condicionamiento	Subordinadas al art. 13.b)	Denegadas art. 13.c)	Exenta de la obligación de notificar
1999	7	6	1	0	0	-
2000	160	147	8	5	0	-

(4) Conforme determina el art. 2º de la ley 27.442.

Estadísticas concentraciones económicas CNDC						
Año	Casos	Autorizadas art. 13. a)	Autorizadas art. 13.a) con Condicionamiento	Subordinadas al art. 13.b)	Denegadas art. 13.c)	Exenta de la obligación de notificar
2001	98	92	2	3	1	-
2002	25	23	0	1	1	-
2003	40	35	1	2	1	-
2004	44	39	1	4	1	-
2005	42	37	2	3	0	-
2006	56	54	0	2	0	-
2007	33	31	1	0	1	-
2008	38	34	2	2	0	-
2009	45	40	2	3	0	-
2010	43	35	0	8	0	-
2011	40	31	1	8	0	-
2012	34	29	0	5	0	-
2013	46	40	0	6	0	-
2014	45	40	2	2	0	1
2015	26	19	0	7	0	-
2016	117	117	0	0	0	-
2017	200	197	0	1	0	2
2018	63	60	1	1	0	1
Total	1202	1106	24	63	5	4

Al analizar los resultados de las transacciones, puede observarse que el año con menor número de transacciones analizadas fue el 2002, año posterior a la crisis económica que padeció el país a finales del año 2001 (cabe aclarar que el año 1999 no es representativo en tanto el régimen de concentraciones económicas entró en vigencia a finales de dicho período). En contraposición, el pico máximo de concentraciones económicas analizadas y resueltas por la autoridad de aplicación se dio en 2017, en parte, debido a la gran devaluación del peso argentino y la inflación y falta de actualización de los montos relevantes (principalmente, umbrales de notificación).

Por su parte, ciñéndose sobre el resultado de los análisis de la autoridad, de un total de 1202 operaciones de concentración económica analizadas, el 92% fue aprobado sin condicionamiento alguno, un 5% fueron condicionadas al cumplimiento de ciertas modificaciones y menos del 1% fueron rechazadas.

Es esperable que, con los nuevos montos establecidos en la nueva ley 27.442, el número de concentraciones económicas a ser analizadas por la CNDC disminuya considerablemente. Vale recordar que uno de los objetivos propuestos al modificar el régimen de defensa de la competencia fue focalizar la atención y recursos de

la CNDC a la detección de cárteles y otras conductas anticompetitivas, tarea que en los últimos años se había visto relegada por el gran caudal de concentraciones económicas notificadas cuya relevancia económica y potencial perjuicio al interés económico general eran menores.

III.2. Principales concentraciones económicas analizadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

A lo largo de los casi 20 años desde que en la Argentina existe un régimen de control de concentraciones económicas, la CNDC ha tenido la oportunidad de analizar una gran cantidad de transacciones en numerosas industrias. Algunas de ellas han adquirido una especial relevancia debido a las partes involucradas en la misma, a su impacto en el mercado analizado, o bien, a la novedosa decisión tomada por la autoridad de aplicación. Se detallan a continuación las decisiones de control de fusiones más relevantes desde su implementación:

III.2.1. Telecom/Telefónica (5)

En el caso Telecom, la CNDC inició una diligencia preliminar (6) y sostuvo que la adquisición del 42% de participación accionaria en el accionista controlante de Telecom Italia SpA (“Telecom Italia”) por parte de Telefónica SA (“Telefónica de España”) debía ser notificada ante la CNDC de conformidad con el art. 8° de la ley 25.156.

Telecom Argentina SA (“Telecom Argentina”) y Telefónica de Argentina SA (“Telefónica de Argentina”) eran los principales jugadores en los mercados de telefonía fija y móvil en Argentina. Telecom Italia era el operador técnico de Telecom Argentina y tenía una participación del 50% en esa compañía. Telefónica de Argentina era una subsidiaria de Telefónica de España.

(5) Res. SCI 4/2009 basada en el dictamen nro. 835 en el expediente caratulado “Pirelli & C SPA y otros s/ notificación art. 8°, ley 25.156 (conc. 741)”.

(6) Sin estar específicamente contempladas en la ley ni en sus decretos reglamentarios, las Diligencias Preliminares (DP) son actuaciones de oficio que se han convertido en un mecanismo de investigación que la CNDC utiliza cada vez más asiduamente con el fin de establecer si una operación de concentración económica con efectos en nuestro país debió ser notificada ante la autoridad de aplicación o no.

La CNDC y el secretario de Comercio sostuvieron que la transacción implicaba un cambio indirecto de control de Telecom Argentina y que Telefónica de España tendría, al menos, una influencia sustancial en Telecom Italia, que daba lugar a una concentración económica sujeta al deber de notificación del art. 8° de la Ley de Defensa de la Competencia.

El caso Telecom implicó un cambio o ampliación del concepto de control que la CNDC había adoptado hasta ese momento. Hasta ese momento, la CNDC había adoptado la definición de control desarrollada por la Comisión Europea, definiéndolo como la habilidad de determinar la estrategia comercial de una compañía (7). Este control podía ser exclusivo o conjunto, dependiendo de la naturaleza del mismo.

Asimismo, estableció que debía analizarse la existencia de derechos de veto en forma previa a la determinación de un control conjunto. Estos derechos deberían versar sobre el presupuesto, el programa de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. La CNDC determinó que tener uno o más de estos derechos de veto serían suficientes para conferir control (8).

La CNDC incorporó un nuevo elemento a tener en cuenta para determinar la existencia de control conjunto: la posibilidad de obtener información sensible por parte de un competidor. La CNDC consideró especialmente que el derecho a acceder a información mediante la adquisición de una tenencia accionaria era relevante a los fines de determinar la existencia de un cambio de control.

Esta nueva interpretación se encuentra en contraposición con lo decidido en la Opinión Consultiva Cablevisión/Multicanal, en donde la autoridad de aplicación había determinado que, en caso de comprobarse un traspaso de información sensible, se iniciaría eventualmente una investigación por infracción a la Ley de Defensa de la Competencia (9).

(7) Opinión Consultiva nro. 124 de fecha 6/7/2001.

(8) Ídem.

(9) “Multicanal SA y Fintech Energy LLC s/consulta interpretación ley 25.156” (OPI nro. 126).

El caso Telecom implicó una evolución más allá del concepto originario de control por parte de la CNDC: el control no solo se obtiene si una de las partes determina o bloquea la voluntad de una sociedad, ya sea en forma positiva o negativa, sino también ante la posibilidad de obtener información sensible de un competidor, tal es en caso de pasar a ser accionistas de dicha sociedad.

III.2.2. *Quilmes/Brahma* (10)

La presente transacción involucró la adquisición de la compañía cervecera local Quilmes por parte del principal productor brasileño de cerveza, AmBev, en el año 2002. Luego de realizar un análisis pormenorizado del mercado de cervezas en Argentina, en enero de 2003, la CNDC subordinó la aprobación de la transacción al cumplimiento de ciertas condiciones que incluyeron la venta de ciertas marcas de cerveza a un nuevo entrante en el mercado de la cerveza (que no hubiere tenido actividad en ese mercado ni poseyera acciones en ninguna de las empresas productoras de cerveza), una planta industrial y del sistema de distribución por un plazo máximo de 7 años.

El 12 de diciembre de 2007 se autorizó a ICSA a adquirir las marcas Imperial, Bieckert y Palermo, la planta cervecera ubicada en Luján y a la firma de un contrato de distribución con Quilmes por un término de 2 años (11). Al aprobar la transacción, la CNDC y el secretario de Comercio tuvieron en consideración el plan de negocios de ICSA, en tanto, a partir de las modificaciones propuestas, esta compañía se convertiría en el cuarto competidor en el mercado de la cerveza, principal objetivo perseguido por la autoridad de aplicación al forzar la desinversión.

A pesar de que la CNDC y el secretario de Comercio entendieron que los remedios impuestos solucionarían los problemas de competen-

cia que la transacción aparejaba, un año más tarde, ICSA no logró insertarse en el mercado cervecero argentino. En tal sentido, Compañía Cerveceras Unidas SA, segundo productor cervecero luego de Quilmes), procedió a adquirir los activos desinvertidos (12).

La CNDC y la Secretaría de Comercio decidieron aprobar esta segunda transacción atento a que consideraron que la misma fortalecería la posición del segundo competidor y le otorgaría a ICSA una complementación geográfica, aceptando las ganancias de eficiencia que fueron evidenciadas por el nuevo comprador.

Con esta transacción quedó en evidencia que, al imponer los condicionamientos a la adquisición de Quilmes por parte de AmBev, ni la CNDC ni el secretario de Comercio tuvieron en consideración las características particulares y las necesidades del mercado bajo análisis. Cabe destacar que el mercado de la cerveza es un mercado que tuvo una fuerte tendencia hacia la concentración económica en los últimos 20 años.

Esta decisión, cobra relevancia conjuntamente con otras decisiones tomadas por la autoridad de aplicación durante el mismo período de tiempo, puntualmente, las operaciones Bimbo/Fargo (13) y Bayer/Aventis (14). Estos casos, siendo Quilmes/Brahama el más emblemático de los mismos, constituyeron un claro punto de inflexión sobre la visión del ente administrativo sobre la imposición de condicionamientos. Fue a partir de ellos, que los condicionamientos y modificaciones a una transacción de concentración económica dejaron de ser impuestos en forma unilateral por la autoridad y pasaron a ser negociados con las partes involucradas (práctica muy común en otras

(12) Res. SCI nro. 45 basada en el dictamen nro. 659 de fecha 26/3/2008, en el expte. nro. S01:0393598/2007, caratulado "Inversora Cerveceras SA y otros s/notificación art. 8º ley 25.156 (Conc. 655)".

(13) Res. SCI nro. 131 basada en el dictamen nro. 395 de fecha 10/9/2004, en el expte. S01:0131738/03, caratulado "Grupo Bimbo SACV y Compañía de Alimentos Fargo SAs/ notificación art. 8º ley 25.156 (Conc. 418)".

(14) Res. SCI nro. 44 basada en el dictamen nro. 329 de fecha 1/11/2002, en el expte. nro. 064-017744/01, caratulado "Bayer AG y Aventis Cropscience Holdings SA (C.0352) s/notificación art. 8º de la ley 25.156".

(10) Res. SCI 5/2003 basada en el dictamen 332 de fecha 13/1/2003, en el expte. nro. S01:8000099/2002, caratulado "CCBA SA y Cervecería y Maltería Quilmes SA (C.376) s/notificación art. 8º ley 25.156".

(11) Res. SCI nro. 61 basada en el dictamen nro. 583 de fecha 1/12/2006, en el expte. nro. S01:8000099/2002, caratulado "CCBA SA y Cervecería y Maltería Quilmes SA (C.376) s/notificación art. 8º ley 25.156".

jurisdicciones). Evitando de tal manera dilaciones innecesarias y la promoción de modificaciones contrarias o perjudiciales al mercado bajo análisis.

III.2.3. Cablevisión/Multicanal(15)

Con fecha 4 de octubre de 2006 se notificó ante la CNDC la adquisición por parte de Clarín SA y Fintech Advisory Inc. del 60% y 40%, respectivamente, de las acciones de Cablevisión S.A. La transacción involucró a un gran número de compañías activas en diferentes industrias y, en particular, en el mercado de la televisión paga, en donde Clarín era la dueña de Multicanal SA ("Multicanal"), uno de los dos principales proveedores de televisión en la Argentina, siendo Cablevisión SA su competidor principal.

A pesar de los solapamientos presentados en los mercados involucrados, la CNDC decidió otorgar un gran nivel de relevancia a los cambios evidenciados por la experiencia internacional en el análisis competitivo, utilizando herramientas de análisis económico moderno, tales como, las ganancias de eficiencia.

Producto de este interés, el análisis sobre las ganancias de eficiencias evidenciadas por las partes resultó ser muy importante para la CNDC eliminando otros tipos de preocupaciones competitivas. En particular, de acuerdo con la CNDC, la transacción permitiría ahorros importantes en los costos operativos y comerciales para la nueva entidad resultante. Asimismo, la CDNC manifestó que las ganancias de eficiencia permitirían a la entidad fusionada: (i) tomar ventaja de las economías de escala y (ii) desarrollar proyectos e inversiones con un significativo impacto en la calidad y eficiencia del servicio.

Considerando el impacto de la transacción en los mercados relevantes en los cuales la CNDC

tenía preocupaciones competitivas, las partes ofrecieron ciertos compromisos con respecto al mercado de televisión paga y al mercado de señales televisivas deportivas. La CNDC aceptó los compromisos y aprobó la transacción en conformidad con el art. 13 (a) de la ley 25.156. Es importante destacar que dicho artículo otorga la aprobación total sin ningún tipo de condicionamientos (a pesar de los compromisos tomados por las partes).

Las partes fueron cumpliendo con sus obligaciones tal como se comprometieron (en este caso, a través de la presentación de informes trimestrales ante la autoridad). A mediados del año 2009 la CNDC ordenó la realización de una auditoría jurídico-contable a fin de evaluar el cumplimiento del compromiso asumido.

Luego de varias medidas cautelares, el 3 de marzo de 2010 se consideró incumplido el compromiso aceptado mediante resolución administrativa, y consiguientemente, se declaró el cese de los efectos de la autorización otorgada oportunamente.

Con fecha 18 de septiembre de 2015, la Cámara Civil y Comercial revocó la resolución de la CNDC por medio de la cual se tenía por incumplido el condicionamiento, toda vez que: a) la autorización dada no estaba sujeta a condicionamiento alguno y menos aún a uno de carácter resolutorio; b) el compromiso asumido por las empresas fue voluntario y más allá de que debía ser cumplido, no podía originar el cese de la autorización otorgada; c) la resolución declaratoria del incumplimiento carecía de fundamentos en las disposiciones legales aplicables y contrariaba reglas básicas de interpretación jurídica aplicables al ámbito de defensa de la competencia (16). Dicha resolución fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien declaró dicho recurso inadmisibile.

Este es un precedente muy importante atento a que pone en evidencia la incidencia política en las decisiones de control de fusiones por

(15) Res. SCI 257/2007 basada en el dictamen nro. 637 de fecha 7/12/2007, en el expte. nro. S01:0373486/2006, caratulado "Grupo Clarín SA Vistone LLC, Fintech Advisory Inc., Fintech Media LLC, VLG Argentina LLC y Cablevisión s /notificación art. 8º ley 25.156" - Res. SCI 113/2010, basada en el dictamen nro. 788 del 2/3/2010, en el expte. S01: 0373486/2006, caratulado "Grupo Clarín SA Vistone LLC, Fintech Advisory Inc., Fintech Media LLC, VLG Argentina LLC y Cablevisión (C.596) s/ notificación art. 8º ley 25.156".

(16) Resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II en la causa nro. 2054/2010 en autos "AMI Cable Holding LDT y otros s/apel. res. Comisión Nacional Defensa de la Competencia".

parte de la CNDC y del secretario de Comercio. Ello es así, en tanto fue la autoridad de aplicación quien en primer lugar aprobó sin condicionamientos una transacción que creaba un monopolio en el mercado de la televisión paga en ciertas áreas de la Argentina, y algunos años después — y atento al conocido descontento en ese momento con una de las partes — intentó retrotraer sus efectos sin éxito.

III.2.4. AA2000/Lapa SA (17)

Quizás una de las decisiones más icónicas fue la adquisición de Lapa SA por parte de Aeropuertos Argentina 2000 (“AA2000”). La transacción implicaba la integración vertical entre la empresa concesionaria de los 32 aeropuertos más importantes del país y, por ende, principal prestadora de servicios aeroportuarios y una empresa de transporte aéreo de carga y de pasajeros.

La evaluación de la transacción se centró en los efectos que la integración vertical tendría en los mercados involucrados. Principalmente, en los incentivos y en la habilidad que tendría AA2000 a partir de su integración vertical para trasladar su posición dominante al mercado de transporte aéreo y en la potencialidad del ejercicio de conductas anticompetitivas que le permitieran obtener tal posición.

Luego de un análisis exhaustivo, la CNDC recomendó al secretario de Comercio que rechace la transacción, convirtiéndose así en una de las pocas transacciones rechazadas por parte de la autoridad de aplicación.

Si bien un condicionamiento estructural, tal como la desinversión de un activo, probablemente hubiese resuelto los problemas de competencia que la transacción aparejaba, la única desinversión posible era la venta de LAPA a un tercero, lo cual hubiese desnaturalizado el objeto de la transacción, el cual era la integración vertical entre la empresa prestadora de servicios aeroportuarios y la empresa de transporte aéreo.

(17) Res. SCI 29/2002 basada en el dictamen nro. 323 de fecha 15/7/2002, en el expte. nro. 064-010740/2001 (Conc. nro. 335), caratulado “LAPA, Fexis SA, Elenor SA, Eduardo Eurnekián y otros s/notificación art. 8° ley 25.156”.

Una particularidad importante que tuvo la resolución del secretario de Comercio fue que, si bien la transacción fue rechazada, el modo de realizarlo fue a través de una aprobación sujeta a una obligación de venta. Dado el tiempo transcurrido entre que se presentó el formulario de notificación de concentración económica y la aprobación de la transacción (poco más de un año), el secretario resolvió aprobar con condicionamientos de acuerdo con el art. 13(b) e imponer la obligación de venta de LAPA en un plazo de 30 días de notificado.

Esta decisión dejó entrever la visión de la CNDC sobre el sistema de aprobación *ex post* y la interpretación relativa a la posibilidad de que las partes puedan cerrar una transacción y esperar posteriormente la aprobación de la misma. La CNDC había interpretado a través de la Opinión Consultiva nro. 62 (18), que si las partes elegían cerrar la transacción pendiente de la aprobación por parte de la CNDC, se aplicaba a dicho acuerdo la interpretación sobre condiciones resolutorias previstas en el antiguo Cód. Civil (19). En tal sentido, todos los actos que realizaban las partes eran plenamente válidos y solo perecían en caso en que la transacción sea rechazada. Caso contrario, todos los actos realizados por las partes —aun sin contar con la autorización del art. 13.a)— eran plenamente válidos. Esta interpretación fue realizada a los efectos de salvar la inconsistencia prevista en el la ley 25.156 relativa a que el pedido de aprobación de una concentración económica podía realizarse en forma posterior al cierre de la misma, pero también de acuerdo con el art. 8° de la misma ley, la transacción carecía de efectos *vis a vis* entre las partes o frente a terceros mientras no tenía la autorización de la autoridad.

III.2.5. OCA/Correo Argentino SA (20)

Esta decisión tuvo como objeto la notificación ante la CNDC por parte de International Mail Corporation respecto a la adquisición del 69,23% y del control sobre Correo Argentino SA La CNDC analizó a la parte adquirente, quien era la em-

(18) Opinión consultiva nro. 62 de fecha 29/8/2000.

(19) Arts. 553 y ss. del antiguo Cód. Civil.

(20) Res. 64 de fecha 26/3/2001, dictamen CNDC nro. 226 de fecha 9/3/2001.

presa controlante de Sociedad Anónima Coordinadora Argentina, un competidor de Correo Argentino SA, en la provisión de servicios de correo.

En su análisis, la CNDC analizó las participaciones de mercado de las compañías en distintas categorías del mercado de provisión de servicios de correo y determinó que la operación restringía la competencia en varias de esas categorías. A criterio de la CNDC, la consolidación de las dos principales competidoras en el mercado de provisión de servicios de correo, representaría un obstáculo muy grande para los restantes competidores activos en el mercado. Ello es así, en tanto la compañía resultante gozaría de un alto poder de mercado, con una marca consolidada a nivel nacional que le brindaría acceso a los procedimientos de licitación y concurso público que suelen ser el mecanismo principal de llegada a los clientes, como así también, implicaría la eliminación de un competidor vigoroso en el mercado.

Tras la recomendación de la CNDC, el secretario de Comercio resolvió rechazar la transacción.

III.2.6. *Bimbo/Fargo* (21)

La presente transacción involucró la adquisición de manera indirecta por parte del Grupo Bimbo de la Compañía de Alimentos Fargo SA. En este caso, la autoridad de aplicación analizó los efectos de la operación en dos mercados relevantes de producto: 1) el mercado de pan industrial blanco y negro, y 2) el mercado de bollería industrial; ambos en el ámbito nacional.

Luego de analizar la posición de las partes en cada uno de los mercados, las barreras de entrada, la presencia de otros competidores en los mercados relevantes, la CNDC concluyó que la transacción restringía significativamente la competencia en los mercados de pan blanco y negro, y de bollería, otorgando a la compañía resultante la posibilidad de ejercer una posición de dominio en dichos mercados.

Fue así que las partes ofrecieron un compromiso de desinversión, el cual fue aceptado

(21) Res. SCI 131/2004 basada en el dictamen nro. 395 de fecha 10/9/2004, en el expte. nro. S01:0131738/2003, caratulado "Grupo Bimbo SACV y Compañía de Alimentos Fargo SA (Conc. 418) s/notificación art. 8º ley 25.156".

por la CNDC. La situación concursal en la que se encontraba la compañía objeto y el hecho que uno de los socios estratégicos de Bimbo ya había tomado control de Compañía de Alimentos Fargo SA mediante una operación que no estuvo sujeta a notificación influyeron en la decisión de la CNDC en la aceptación del compromiso de desinversión en lugar de prohibir la operación.

El compromiso de desinversión presentó algunas complejidades y características novedosas. En este compromiso se incorporó la figura del "agente vendedor" a quien las partes involucradas otorgarían un mandato para transferir el negocio a desinvertir. Se estableció que este agente debía ser independiente de las partes involucradas y su designación aprobada por la CNDC.

Si bien el compromiso de desinversión preveía plazos determinados, en la práctica la aprobación de la presente operación le tomo a la CNDC más de 10 años. Ello, toda vez que las partes decidieron modificar el compromiso al intercambiar la marca a ser desinvertida, por otras dos marcas que, de acuerdo con la CNDC, tenían un posicionamiento de marca inferior.

La CNDC terminó aceptando parcialmente este nuevo compromiso, pero le impuso a las partes nuevos condicionamientos, esta vez de conducta, a saber: (i) no discriminar precios entre los distintos canales de comercialización; (ii) que las partes limiten la inversión en publicidad; (iii) que el Grupo Bimbo obtenga, en un plazo de tres años, una participación de mercado no superior al 65,9%, y (iv) la presentación de informes cuatrimestrales por el plazo de tres años, entre otros (22).

III.2.7. *Cablevisión/Telecom* (23)

Finalmente, una de las transacciones más recientes y relevantes de los últimos tiempos fue

(22) Res. 931 basada en el dictamen nro. 1425 de fecha 29/12/2016 en el expte. S01:0131738/03, caratulado "Grupo Bimbo SACV y Compañía de Alimentos Fargo SA s/notificación art. 8º ley 25.156 (Conc. 418)".

(23) Res. nro. 374 basada en el dictamen nro. IF-2018-30780664-APN-CNDC#MP de fecha 28/6/2018, caratulado "Cablevisión SA, Cablevisión Holding SA,

la fusión entre Cablevisión SA y Telecom Argentina SA.

Las actividades de las partes se superponían en varios mercados en donde los niveles de concentración eran elevados, entre ellos, los mercados de: (i) servicios de acceso fijo a internet residencial (ii) provisión de servicios de telecomunicaciones móviles; (ii) servicios de acceso mayorista a la red de Internet y (iv) provisión de enlaces locales (capacidad).

Asimismo se identificaron las siguientes relaciones verticales: (i) entre el mercado de internet mayorista, transporte de datos local y de larga distancia, reventa de banda ancha fija (aguas arriba) y el mercado de internet residencial (aguas debajo); (ii) internet mayorista y transporte de datos local y de larga distancia (aguas arriba) y servicios corporativos (aguas abajo); (iii) internet mayorista, transporte de datos local y de larga distancia, terminación de llamada en red móvil y *roaming* (aguas arriba) y telefonía móvil (aguas abajo) y (iv) servicios corporativos (aguas arriba) y data center (aguas abajo).

A efectos de asegurar las condiciones de mercado, la CNDC impuso algunos condicionamientos tales como la cesión de clientes de Arnet a favor de Universo Net y la prohibición de ofrecer paquetes “cuádruple play” por un determinado plazo. No obstante ello, la transacción fue aprobada sin condicionamientos conforme el art. 13.a) (al igual que había sucedido en 2007 con la transacción entre Cablevisión/Multicanal).

El análisis de la CNDC también incluyó recomendaciones pro-competitivas sobre aspectos regulatorios, que resultan complementarios a las regulaciones vigentes y a las obligaciones establecidas por el ENACOM (24).

Lo particularmente novedoso acerca de los remedios negociados entre las partes y la CNDC fue que los mismos fueron acordados bajo la modalidad de *fix-it-first*. En el último

Telecom Argentina SA, Fintech Media LLC y Fintech Telecom LLC s/notificación art. 8º ley 25.156” (Conc. 1507).

(24) No es la primera vez que la CNDC emite recomendaciones pro-competitivas a los organismos encargados de regular una determinada actividad. Situación similar se dio en el mercado de las tarjetas de crédito. Ver: “Tarjetas de crédito, débito y medios de pago electrónicos s/ investigación de mercado” (C.1596).

año, la CNDC ha modificado la forma en la cual negocia los condicionamientos con las partes, inclinándose últimamente en las soluciones *up-front buyer* y *fix-it-first* (25), siguiendo así los estándares internacionales, principalmente de la Comisión Europea.

Bajo la modalidad de *fix-it-first* las partes identifican a un comprador para el negocio a ser desinvertido y firman un acuerdo vinculante mientras la autoridad de competencia realiza su análisis competitivo. Por su parte, bajo la modalidad de *up-front-buyer* los compromisos prevén que las partes no podrán poner fin a la operación notificada sin antes firmar un acuerdo vinculante con un comprador para negocio a ser desinvertido, aprobado por la autoridad de competencia.

Algunas de las críticas recibidas a estos condicionamientos fueron: (1) la falta de independencia del comprador del activo a ser desinvertido; (2) la desnaturalización del condicionamiento *fix-it-first*, al requerir la aprobación por parte de los usuarios a ser transferidos; y (3) la falta de idoneidad de los condicionamientos para restablecer las condiciones de mercado previo a la transacción.

La autorización de la presente transacción ha desencadenado un gran revuelo político y mediático, el cual incluyó no solo la iniciación de un proceso colectivo por parte de la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina, sino también la denuncia al presidente la CNDC por incumplimiento de los deberes de funcionario público y negociaciones incompatibles a su función, por lo que se espera una batalla legal en tribunales a efectos de que la fusión se declare nula.

IV. Conductas anticompetitivas

IV.1. Estadísticas de conductas anticompetitivas analizadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Conforme puede observarse del cuadro que se acompaña a continuación, el número de

(25) Ver también “Molinos SAU, Molinos Río de la Plata SA, Intercontinental Great Brands LLC y Mondelez Argentina SA s/notificación art. 8º de la ley 25.156” (Conc. nro. 1173).

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

conductas investigadas y respecto de las cuales la autoridad de aplicación en materia de competencia ha emitido una resolución, es consi-

derablemente inferior al número de concentraciones económicas analizadas en el mismo período.

Estadísticas conductas anticompetitivas CNDC								
Año	Casos	Compromiso	Archivo	Aceptación de explicaciones	Desestimaciones	Remisión a otros organismos	Sanciones	
							Multa	Orden de cese — Imponen a las partes cierta obligación
1999	17	1	-	9	4	-	3	-
2000	15	1	-	7	5	-	2	-
2001	20	-	-	8	9	-	3	-
2002	33	2	1	12	16	-	2	-
2003	20	1	1	9	7	-	2	-
2004	29	2	4	10	13	-	0	-
2005	52	2	12	17	15	1	5	-
2006	8	-	3	-	2	1	2	-
2007	11	1	6	3	1	-	0	-
2008	14	-	5	4	v	3	2	-
2009		-	-	-	-	-		-
2010	16	3	5	-	1	-	7	-
2011	5	-	-	-	-	-	3	2
2012	46	4	19	11	3	4	2	3
2013	14	3	6	-	-	-	5	-
2014	2	1	-	-	-	-	1	-
2015	8	3	1	-	-	-	4	-
2016	51	-	43	5	1	2		-
2017	104	1	95	3	3	1	1	-
2018	17	-	11	1	1	1	3	-
Total	482	25	212	99	81	13	47	5

Es interesante resaltar que de las 482 denuncias anticompetitivas que fueron resueltas, casi la mitad de las mismas fueron archivadas y en

solo 4 de ellas las partes denunciadas fueron sancionadas, es decir menos de un 10% de la totalidad de los casos.

Conforme fuera desarrollado arriba al exponer los objetivos gubernamentales de la nueva ley, es de esperar que con la sanción de la ley 27.442, este número aumente significativamente. No solamente por el hecho de que, al aumentar los umbrales de notificación, la autoridad de defensa de la competencia espera que un volumen mucho menor de transacciones queden sujetas a su aprobación, sino también primordialmente por el nuevo programa de clemencia instaurado. El mismo desempeñará un rol muy importante, ya que es un instrumento aceptado internacionalmente y que ha demostrado tener efectos muy positivos en la detección de cárteles por parte de las autoridades de competencia al generar los incentivos adecuados en las partes involucradas en este tipo de conductas ilícitas.

IV.2. Principales conductas anticompetitivas analizadas

Al igual que en los casos de control de fusiones, la autoridad de aplicación en materia de competencia ha analizado y resuelto casos muy importantes y resonantes en determinadas industrias. Por más de que el número de casos ha sido sustancialmente menor al desaseado, los casos a continuación, por su relevancia e impacto, han sido los más importantes en términos de conductas anticompetitivas en la Argentina:

IV.2.1. Cárteles

IV.2.1.1. Cártel del cemento

El caso más reconocido en lo que respecta los cárteles en la Argentina es el caso del Cemento (26), en el cual las seis principales empresas productoras de cemento fueron acusadas de distribuirse el mercado a nivel nacional por aproximadamente veinte años. El 25 de julio de 2005, la CNDC y la Secretaría de Comercio impusieron una multa por un monto total de \$ 309.729.289 la cual fue confirmada por la Cámara de Apelaciones el 26 de agosto de 2008. Cuatro empresas cementeras y la Asociación Cementera fueron sancionadas. En última instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó los recursos extraordinarios

(26) Dictamen nro. 513 emitido el día 25/7/2005.

interpuestos por las cementeras, quienes debieron cumplir con la sentencia interpuesta por la CNDC.

IV.2.1.2. Cártel del oxígeno líquido

Otro caso relevante es el del oxígeno líquido (27) iniciado en el año 2001 por la CNDC con base en distintos reclamos realizados por hospitales que afirmaban que solo podían obtener oxígeno medicinal por parte de su proveedor habitual contratado mediante licitación pública, ya que el resto de los competidores en el mercado siempre presentaban ofertas con precios más altos. El 8 de julio de 2005, y luego de un análisis detallado por parte de la CNDC, las compañías involucradas en el cártel fueron multadas con un total de \$70.300.000 (aproximadamente 17.5 millones de dólares) por simular la competencia y llevar a cabo acuerdos para repartir clientes y elevar artificialmente los precios.

IV.2.1.3. Cártel de las gelatinas (28)

Luego de recibir un email anónimo, la CNDC inició una investigación en el mercado de las gelatinas medicinales, del cual resultaron sancionados cuatro laboratorios y tres personas físicas, por haber realizado prácticas concertadas en las licitaciones convocadas por hospitales públicos durante los años 2005 y 2007 con el objetivo de para repartirse clientes y fijar precios con el objeto de restringir la competencia.

Las tres personas físicas fueron sancionadas en su calidad de directores y por ser partícipes necesarios para la implementación de la práctica restrictiva.

IV.2.1.4. Cártel de Tierra del Fuego (29)

Ante la denuncia efectuada por consumidores de Tierra del Fuego, la CNDC inició una investigación contra Volkswagen, Honda, Toyota, General Motors, Renault, Ford, Fiat, Peugeot-Citroën, Mercedes-Benz, Hyundai, Alfacar, Kia y Ditecar por un supuesto cártel en el Área Aduanera Especia (AAE).

(27) Dictamen nro. 510 emitido el día 25/7/2005.

(28) Dictamen nro. 986 emitido el día 25/11/2015.

(29) Dictamen nro. 865 emitido el día 4/12/2014.

En el AAE los precios de ciertos modelos eran los mismos o similares a los que las terminales aplican en el Territorio Continental, y entre 25 y 30% superiores a los que surgirían de la aplicación del PPI (precio de paridad de importación).

La CNDC entendió que el funcionamiento observado en el mercado automotriz del Área Aduanera Especial solo se explicaba por la ausencia de competencia entre los actuales oferentes del mercado como así también “prácticas facilitadoras” del cártel, esto es, la reducida importación libre de impuestos, el no traslado de exenciones impositivas, la estructura de comercialización en el AAE (cada empresa tenía un único concesionario en la isla, resultando fácil de monitorear el acuerdo) y la existencia de precios sugeridos de público conocimiento.

La CNDC impuso la multa más alta hasta el momento, la cual ascendió en conjunto a 1.060.245.904, implicando ello que ciertas automotrices fueron sancionadas con la multa máxima prevista por la ley 25.156, esto es la de \$ 150.000.000 de pesos. Las automotrices apelaron la resolución, la cual fue revertida por la Cámara de Apelación Federal de Comodoro Rivadavia toda vez que entendió que la CNDC no había logrado reunir la prueba necesaria para tener por configurada la materialidad de la infracción.

IV.2.1.5. Recientes casos de cártel

Debido a la falta de recursos y a la dificultad con la que se encuentra la CNDC al momento de descubrir cárteles en Argentina, no fueron muchos los cárteles identificados y sancionados. No obstante, ello, recientemente la CNDC ha estado muy activa en materia de detección de cárteles, sancionando a diversas compañías en distintos mercados (30). Es de esperar que, con la sanción de la ley 27.442 y la incorporación del programa de clemencia, la detección de cárteles sea más fácil y el número de cárteles investigados se incrementen considerablemente.

(30) “Sanatorio San Carlos, Hospital Privado Regional del Sur, Sanatorio del Sol y otros s/ infracción ley 25.156 (C. 1463) - Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de Salta, Círculo Médico de Salta y otros s/infracción ley 25.156” (C. 1440) - “Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/infracción ley 25.156” (C. 1462).

IV.2.2. Conductas unilaterales

Más allá de que en los últimos años se hayan tramitado una gran cantidad de casos sobre abuso de posición dominante / monopolización ante la CNDC, solamente unos pocos derivaron en sanciones por este tipo de conducta. La mayor parte de las denuncias efectuadas ante la CNDC alegando abuso de la posición dominante no lograron evidenciar un daño potencial al interés económico general en los términos del art. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y, por lo tanto, no fueron consideradas violatorias del régimen de defensa de la competencia.

IV.2.2.1. Gas Licuado (YPF)

Una de las sanciones más relevantes en esta materia ha sido el que resultó de la investigación por los incrementos en el precio del gas licuado de petróleo (31). La CNDC consideró que YPF tenía una posición dominante en todas las etapas de la producción y suministro de gas licuado de petróleo. Específicamente, la conducta analizada por la CNDC fue la actividad de YPF de exportar grandes cantidades de gas licuado de petróleo a precios menores que los ofrecidos en el país. Además, los contratos de exportación de YPF prohibían la re-importación de gas licuado de petróleo a la Argentina. La CNDC concluyó que esta conducta ocasionaba un daño al interés económico general y ordenó a YPF a cesar en su discriminación de precios entre el mercado local y el de exportación y a eliminar la prohibición de re-exportar gas licuado de petróleo. Adicionalmente, impuso a YPF una multa de \$ 109.644.000. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (32).

IV.2.2.2. Clorox

La Secretaría de Comercio impuso una multa de \$ 50.000.000 a Clorox Argentina (comercializadora de la lavandina marca “Ayudín”) por abusar de su posición de dominio en el mercado de las lavandinas al restringir, impedir, y/u obstaculizar mediante la imposición de un *gap* [brecha] de precios a los adquirentes mayoris-

(31) Dictamen nro. 314, emitido el 19/3/1999.

(32) Nota con la sentencia de la Corte que confirma.

tas de aguas lavandinas, materializado en un impedimento a la reducción de precios de comercialización del producto de limpieza producido por parte de competidores de Clorox (33).

Queruclor, denunciante y competidor de Clorox, alegó que esta última le otorgaba a los mayoristas incentivos económicos para que estos aumentasen el precio al que vendían los productos competidores y así reducir la brecha entre el precio de la lavandina Premium comercializada por Clorox y las lavandinas de calidad inferior ofrecidas por sus competidores.

Luego de un análisis que duró varios años, el cual incluyó audiencias testimoniales en donde los mayoristas confirmaron la práctica comercial desplegada por Clorox, la CNDC entendió que esta última detentaba una posición de dominio, de la cual había abusado en detrimento del interés jurídico general.

IV.2.2.3. Prisma (34)

Luego de una investigación de mercado llevada a cabo por la CNDC, esta detectó diversos elementos que permitieron concluir que existían restricciones a la competencia en el mercado argentino de medios de pago electrónicos. Particularmente, la CNDC concluyó que Prisma ostentaba una posición de dominio en los mercados de aquerencia y procesamiento, que le había permitido extender su poder de mercado hacia la provisión de terminales y tecnología para el pago electrónico y hacia los servicios de facilitación de pagos y Gateway. Asimismo, la conformación societaria de Prisma, cuyos accionistas eran los bancos más grandes del país, podría facilitar la colusión entre los mismo, facilitando la fijación de políticas comerciales comunes a todos los bancos.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la CNDC recomendó al Banco Central de la República Argentina revisar la regulación de medios

(33) Res. 64 de fecha 17/4/2015 en autos "Clorox Argentina SA s/infracción ley 25.156" (C.1122).

(34) Res. nro. 493/2017 de fecha 26/9/2017 emitida en el marco de los exptes. nro. S01: 0391366/2016 y S01:0306673/2017, caratulado "Investigación de oficio contra Prisma Medios de Pago SA y sus accionistas en los términos del art. 1º y 2 inc. a), f), g), h), j), k) y l) de la ley 25.156".

de pago electrónicos y al secretario de Comercio para que este inicie una investigación de oficio respecto de presuntas prácticas anticompetitivas por parte de Prisma y sus accionistas.

Las partes investigadas presentaron un compromiso de desinversión por medio del cual se obliga a los accionistas de Prisma a vender el 100% del paquete accionario y no permite que más de un banco que opera en el país sea accionista de la empresa para impedir la integración hoy existente.

En el mismo sentido, Prisma se verá impedido de comercializar otra marca de tarjetas de crédito hasta que haya otra empresa en el mercado que comercialice la marca Visa; deberá prestar sus servicios (de procesamiento de tarjetas de crédito y otros) de forma no discriminatoria a posibles competidores.

A su vez, Prisma deberá discontinuar su servicio de transferencias inmediatas, lo que permitirá que ese servicio sea brindado por un proveedor independiente que asegure que otros medios de pagos alternativos y competidores puedan desarrollarse en forma no discriminatoria.

El compromiso fue aceptado por la CNDC y el mismo se encuentra actualmente en proceso de ejecución.

IV.2.2.4. Sadaic

Finalmente, en una reciente resolución de la Secretaría de Comercio y luego de una investigación efectuada por la CNDC, se impuso una multa de \$ 42.732.771 a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música ("SADAIC") por abusar de su posición de dominio al imponer precios excesivos en relación con los aranceles que esta aplica a los hoteles en concepto de reproducción de música a través de aparatos de televisión y similares ubicados en las habitaciones o lugares comunes (35).

Una característica particular de la presente denuncia es que la posición de dominio deten-

(35) Res. 371 de fecha 26/6/2018 en autos "Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina s/solicitud de intervención de la CNDC" (C. 1302).

tada por SADAIC le es otorgada legalmente por medio de la ley 17.648, es decir, detentando así un monopolio legal.

Para el análisis sustancial de la denuncia, la CNDC comparó los aranceles que se pagan por la reproducción de obras musicales con los aranceles que se pagan en ciertos países de la región y en España. De la comparación resultó que el monto cobrado por SADAIC era considerablemente mayor.

A modo de conclusión, y siguiendo con la postura de la CNDC de direccionar todos sus esfuerzos para la detección y sanción de conductas anticompetitivas, desde diciembre de 2015 hasta el día de la fecha, la CNDC ha realizado numerosas investigaciones de mercado a efectos de detectar cualquier desviación que existiere en dichos mercados. Creemos que este nuevo accionar seguirá siendo desplegado por la Autoridad Nacional de Competencia, una vez que la misma se encuentre constituida.

IV.2.3. Investigaciones de mercado

Una herramienta adicional que ha utilizado la autoridad de aplicación durante los últimos 20 años ha sido la de las investigaciones de mercado. A través de la utilización de este tipo de procedimientos, la autoridad de aplicación ha procurado y obtenido información sensible por parte de las compañías integrantes de ciertos mercados en casos en los que dicha autoridad presume que existe un desbalance competitivo.

Cabe destacar que a partir de muchas de estas investigaciones la CNDC ha derivado sus resultados en actuaciones de oficio contra compañías que habían cometido presuntamente conductas anticompetitivas. Asimismo, es relevante aclarar que también muchas de ellas solamente han acumulado información y emitido el correspondiente informe del mercado analizado, sin desprenderse consecuencias administrativas o judiciales para las empresas involucradas.

Solo para destacar la importancia de esta herramienta, cuando la última autoridad de la CNDC entró en ejercicio de sus funciones, inició 11 investigaciones de mercado, en los sectores del aluminio, acero, petroquímica, comunicaciones móviles, tarjetas de crédito y medios

de pago electrónicos, aceite, leche, carne, detergentes para la ropa, transporte terrestre interurbano de pasajeros y transporte aéreo (36), de los cuales 2 derivaron en la iniciación formal de una investigación por conductas anticompetitivas.

V. Principales desafíos de cara al futuro

Con la sanción de la ley 27.442 son varios los desafíos que deberá hacer frente la Autoridad Nacional de Competencia (o la CNDC y el secretario de Comercio hasta tanto la Autoridad Nacional de Competencia sea constituida). Entre los más importantes destacamos los siguientes: la velocidad en el análisis de concentraciones económicas; la implementación o *enforcement* de las decisiones; y la independencia del órgano de contralor.

V.1. Velocidad en el análisis

A pesar de que la nueva administración de la CNDC ha hecho un trabajo remarcable en relación con el período de revisión que insume una notificación de concentración económica, con la incorporación del efecto suspensivo en el control de concentraciones económicas, la CNDC se verá en la obligación de acortar más aún el plazo de revisión que actualmente insume.

Ello en virtud de que, por lo general, las transacciones son notificadas en múltiples jurisdicciones y las partes involucradas esperan que las aprobaciones por las distintas autoridades de competencia se encuentren alineadas en el tiempo. Asimismo, dado que muchas veces los remedios se negocian globalmente, los mismos perderían sentido si en la Argentina el trámite insumiera un tiempo más prologado que en las restantes jurisdicciones, ya que el mismo atrasaría la transacción a nivel global, generando incertidumbre y descontento entre las partes.

De hecho, y tal como se verá a continuación, el nuevo texto normativo establece períodos de revisión más cortos. Cuando una transacción se considere completa, la Autoridad Nacional de Competencia tendrá un plazo de 45 días hábiles, pudiendo ser extendido a 120 días hábiles

(36) Ver "La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia investiga a 11 mercados", disponible online en: <https://www.casarasada.gob.ar/35904>.

cuando la transacción tuviere la potencialidad de afectar el interés jurídico nacional.

A pesar de contar con tiempos de revisión más estrictos, y tal como surge de la experiencia, la Autoridad Nacional de Competencia tiene la facultad de requerir información adicional, suspendiendo el plazo arriba mencionado. Dicho mecanismo ha sido utilizado por la anterior administración sin discreción alguna, llegando así a tener un plazo de revisión promedio a fines de 2015 de 2.5 años (37).

De no implementarse mecanismos de revisión más eficientes, es muy probable que las partes de una transacción evalúen mecanismos para aislar la porción Argentina de la Transacción (*carve out* o cierre diferido), lo cual no solo afectaría la esencia del sistema *ex ante* propuesto por la ley 27.442, sino que afectaría también la reputación internacional de la autoridad de aplicación argentina.

V.2. Enforcement

El espíritu de ley 27.442 es dar una solución a la mayoría de los problemas que fueron planteados durante la aplicación de la anterior ley 25.156. Para ello, se propuso crear una autoridad independiente, más capacitada, con mayores herramientas para hacer frente a los problemas competitivos, aumentando el interés y la promoción de la competencia, incrementando las multas, incluyendo un programa de clemencia, fomentando el litigio privado y aliviando la carga del actual proceso excesivamente burocrático del control de fusiones.

Para alcanzar dichos fines, es imperioso que la Autoridad Nacional de Competencia se cree en el corto plazo, evitando así cometer los mismos errores que con el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, se espera que los funcionarios de la CNDC ejerzan sus funciones de manera responsable, eficiente y con un mayor grado de tecnicismo, de tal manera que la Autoridad Nacional de Competencia sea ubicada a la par de las autoridades de competencia de otras jurisdicciones.

Adicionalmente, es fundamental que, atento a la novedad que plantea el programa de clemen-

cia, la Autoridad Nacional de Competencia (o la CNDC hasta tanto esta última sea integrada), provea un marco confiable y seguro para que las empresas que quieran solicitar el beneficio, puedan hacerlo sin asumir el riesgo de que la información brindada sea diseminada.

Si bien en los últimos años la CNDC ha venido firmando acuerdos de cooperación con otras autoridades de competencia extranjeras, el hecho de que el análisis competitivo de las concentraciones económicas deba ser realizado antes del cierre de la transacción y en forma paralela al análisis que efectuará la Comisión Europea, Brasil, México y demás jurisdicciones, le requerirá realizar un análisis competitivo más sustancial y sin poder basarse en la experiencia internacional.

La ley 27.442 brinda numerosas herramientas para que la Autoridad Nacional de Competencia realice un análisis adecuado de las concentraciones económicas y conductas anticompetitivas, por lo que es solo una decisión institucional hacer un uso correcto de las mismas.

V.3. Independencia

Otros de los desafíos que deberá sortear la nueva Autoridad de Competencia es aquella relativa a la independencia. Uno de los puntos más criticados a la CNDC y al secretario de Comercio fue la interferencia política por parte del poder ejecutivo y el uso de la CNDC para el control de precios y la obtención de información de las empresas.

Para que cualquier autoridad de competencia sea confiable y respetable, es necesario que la misma goce de independencia, es decir, tenga los poderes necesarios para investigar e imponer las medidas que considere necesarias para reconstruir la competitividad en un mercado.

Deberemos esperar a ver como se desenvuelve la nueva Autoridad de Competencia una vez designada, y como se adaptará el mercado a los novedosos cambios propuestos por la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

VI. Conclusión

A modo de cierre, y tal como se ha intentado hacer a lo largo de este trabajo, corresponde hacer

(37) Datos de diciembre del 2015.

un balance de la materia siendo especialmente consciente de cuál ha sido la evolución histórica Argentina en defensa de la competencia.

Es indudable que existe un interés creciente, no solo a nivel nacional, sino también mundial en la protección de la competencia. Esto queda a las claras, tanto por el desarrollo cada vez más pormenorizado de las legislaciones mundiales, así como también, en la especialización y profesionalismo de las autoridades de la competencia en las correspondientes jurisdicciones. A nivel nacional, la sanción de la ley 27.442 importa un claro indicio de que nuestro país quiere dejar atrás los errores del pasado y ponerse al día con los avances y estándares internacionales en la materia.

La legislación es solo el primer paso para lograrlo. Como vimos a lo largo de este trabajo, por más de que existan las condiciones regulatorias propicias, es importante seguir mejorando y

profundizando sobre las mismas a través de una correcta implementación por parte de la autoridad de aplicación. En materia de concentraciones económicas, la importancia de los nuevos umbrales de notificación deberá traer aparejado un mayor y pormenorizado análisis de las operaciones que se notifiquen. En materia de conductas anticompetitivas, la disminución del caudal de operaciones de fusión a analizar y el instituto de la clemencia deberán traer aparejados una mayor detección de casos de conductas anticompetitivas, en particular de cárteles.

Es por ello, que resulta de extrema importancia la integración de la nueva Autoridad de Competencia sobre las cuales se concentran todos los desafíos venideros como la velocidad en el análisis, el *enforcement* y la independencia. Aquí se verá si la Argentina pudo aprender del pasado y su históricamente fallido intento de integración del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia desde un punto de vista económico

JORGE PADILLA (*) Y SEBASTIÁN ZUCCON (**)

I. Introducción

En el presente artículo se analizan los principales cambios que la ley 27.442, de mayo de 2018, impone en la legislación de defensa de la competencia en Argentina, la cual estaba regulada por la ley 25.156 del año 1999. Desde un punto de vista económico, la nueva ley introduce tres cambios salientes respecto a la legislación precedente.

En primer lugar, la ley 27.442 endurece las sanciones por conductas anticompetitivas, al incrementar el monto máximo de las multas y establecer nuevos mecanismos para su determinación. A su vez, incorpora ciertas innovaciones tendientes a agilizar y mejorar los procedimientos de reclamo por daños y perjuicios.

En segundo lugar, la ley 27.442 reduce los incentivos económicos a realizar conductas de cartelización. Por un lado, incrementa la probabilidad de que los cárteles sean detectados y sancionados, al adoptar la presunción de ilegalidad para el caso de conductas de cartelización e introducir el programa de clemencia. Por otro lado, enfatiza la gravedad de la conducta, al definirla como una práctica “absolutamente restrictiva de competencia”.

En tercer lugar, la ley 27.442 (juntamente con otras resoluciones emitidas recientemente por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) establece un sistema más eficiente para el control de operaciones de concentración, al agilizar la aprobación de aquellas operaciones que, *a priori*, no representarían una amenaza para la competencia. A su vez, modifica el criterio de evaluación de aquellas operaciones que *prima facie* podrían afectar la competencia, implementado un criterio de aprobación *ex ante* que permitiría detener o condicionar dichas operaciones.

En las siguientes secciones del presente artículo, se describen y analizan los aspectos de carácter económico de cada una de estas modificaciones.

II. La nueva ley endurece las sanciones y facilita el reclamo por daños y perjuicios

II.1. Modificación en la determinación de sanciones por conductas anticompetitivas

El art. 46 de la ley 25.156 establecía sanciones aplicables a aquellos que incurrieran en conductas anticompetitivas, imponiendo un monto máximo de multa de AR\$ 150 millones, la cual podía ser graduada con base en las pérdidas sufridas, el valor de los activos de los infractores o el beneficio obtenido por todos los mismos, sin que existiera un mecanismo de determinación de dicha sanción (1).

(*) Director de Compass Lexecon Europa y líder de la práctica de defensa de la competencia en Europa.

(**) Director de la oficina de Compass Lexecon en Buenos Aires y líder de la práctica de defensa de la competencia en Argentina.

(1) Adicionalmente, para casos de reincidencia se contemplaba la duplicación de la multa. Por otro lado, el

La ley 27.442 introduce dos cambios principales en materia de sanciones.

En primer lugar, la nueva ley elimina el monto máximo de AR\$ 150 millones. Este monto máximo era constante, y no estaba sujeto a ningún tipo de ajuste o actualización, lo cual impedía ajustar las multas según el contexto macroeconómico. De hecho, debido a la brusca depreciación de la moneda y el contexto inflacionario experimentado por la economía argentina desde el año 1999 hasta el presente, el monto máximo establecido por aquella ley 25.156 representaba menos de US\$ 6,5 millones a mayo de 2018, monto que resultaba desproporcionado e insignificante respecto al parámetro originalmente establecido (equivalente a US\$ 150 millones en 1999). A su vez, este monto máximo era aplicable indistintamente para todos los tipos de conductas anticompetitivas y de negocios involucrados.

La ausencia de un mecanismo de actualización implicó que las sanciones progresivamente disminuyeran su efecto disuasivo sobre las potenciales conductas ilícitas. De este modo, el costo de afrontar una sanción se vio notablemente reducido frente a los beneficios derivados de realizar una conducta ilícita.

En este sentido, la nueva ley ataca esta falencia de la legislación anterior. En efecto, abandona el concepto de un monto máximo constante y fijo, evitando potenciales distorsiones por efectos macroeconómicos a futuro y vinculando el monto máximo de la multa a la naturaleza y dimensión del negocio involucrado, así como al acto ilícito cometido, en consonancia con la práctica observada en otras jurisdicciones como, por ejemplo, la Unión Europea (2).

art. 48 establecía que, si las infracciones eran cometidas por personas de existencia ideal, tanto ellas como sus responsables podían recibir una “sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años”.

(2) La Unión Europea incorpora la importancia del efecto disuasorio en sus “Directrices para el cálculo de multas”, al explicitar que las sanciones sirven también para disuadir a otras empresas de adoptar conductas anticompetitivas, lo que llaman efecto disuasorio general. Véase COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, “Directrices para el Cálculo de las Multas Impuestas en Aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nro. 1/2003”, 2006. Por su parte, la OCDE ha manifestado que el principal propósito de las sanciones en casos de cárteles es la disuasión. Véase ORGANIZATION FOR

En segundo lugar, la ley 27.442 introduce dos nuevos criterios de determinación del monto de las multas. De acuerdo con lo estipulado en el art. 55, la multa puede ser determinada como: (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, monto que no podrá exceder 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; y (ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido (3).

Desde un punto de vista teórico, la realización de una conducta anticompetitiva conlleva la obtención de beneficios adicionales que la compañía infractora no habría obtenido en ausencia de dicha conducta. Por lo tanto, la eficacia de una política regulatoria subyace en el poder disuasivo que pueda ejercer sobre el potencial infractor, lo cual se logra mediante la imposición de una multa que resulte superior a los beneficios adicionales esperados de incurrir en la conducta ilícita.

En este sentido, la introducción de los nuevos mecanismos de cómputo de las sanciones (así como la eliminación del monto máximo de AR\$ 150 millones) ejerce un mayor efecto disuasivo respecto a la realización de conductas anticompetitivas (4).

ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, “Hard core cartels: recent progress and challenges ahead”, OECD Publishing, 2003.

(3) Asimismo, el art. 55 establece que, en caso de no poder calcularse dichos valores, la multa podrá alcanzar hasta una suma equivalente a 200 millones unidades móviles. Este monto se calcula en base a un valor inicial de la unidad móvil de veinte pesos (\$ 20), y se ajusta anualmente en función al Índice de Precios al Consumidor del INDEC, representando un monto aproximado de US\$ 140 millones a julio de 2018. También se modifica la multa diaria máxima aplicable por demorar en cesar una conducta o notificar una operación. Mientras que en la ley 25.156 se trataba de un monto fijo en pesos (\$ 1MM), en la nueva ley se impone un monto proporcional al volumen de negocios (0,1% diario del volumen de negocios). De no poder calcularse, la multa podrá ser, como máximo, una suma equivalente a 750 mil unidades móviles diarias.

(4) De hecho, la nueva ley en su art. 56 explicita como criterio de graduación de las multas el “efecto disuasivo” de las mismas, lo cual no sucedía en la ley 25.156. Notar que, en la ley 25.156, los criterios para graduar multas es-

Se explican a continuación los nuevos mecanismos de determinación de las multas, y su mayor efecto disuasivo desde el punto de vista económico.

II.1.1. La multa como porcentaje del volumen de negocios asociados al acto ilícito

La ley 27.442 establece que el máximo monto de la multa puede alcanzar el 30% (5) de las ventas asociadas a la conducta anticompetitiva correspondientes al último ejercicio (6), lo cual es luego multiplicado por la cantidad de años que el infractor cometió la conducta ilícita.

Desde un punto de vista económico, la lógica de determinar una multa en función de las ventas es que permitiría vincular la sanción con los potenciales beneficios que obtendría el infractor. Tal como se mencionó anteriormente, esto sería razonable ya que el efecto disuasivo de una multa subyace en el hecho de que se encuentra directamente relacionado con los montos de potenciales beneficios adicionales asociados con la realización de la conducta anticompetitiva (7).

tán contenidos en los arts. 46 y 49. La ley 27.442 también introduce cambios en la legislación respecto a casos de reincidencia. En este sentido, el art. 55 de la nueva ley amplía el criterio de duplicación de multa haciéndolo aplicable para todos “aquellos infractores que durante los últimos diez (10) años hubieran sido condenados previamente por infracciones anticompetitivas”. Por último, el art. 55 de la ley 27.442 incorpora un nuevo efecto disuasorio que implica la posibilidad de suspender al infractor del Registro Nacional de Proveedores del Estado, por un plazo de hasta cinco años, e incluso ocho para los casos de cartelización. Esta exclusión podrá ser especialmente efectiva para disuadir acciones de colusión entre proveedores del Estado.

(5) El parámetro del 30% actúa como un tope, pero no excluye la posibilidad de que la multa sea determinada en valores inferiores, dependiendo de la gravedad de la infracción y la naturaleza del acto ilícito.

(6) El art. 9° de la ley 27.442 define al volumen del negocio como “los importes resultantes de la venta de productos, de la prestación de servicios realizados, y los subsidios directos percibidos por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios”. En términos simples, el volumen de negocios representa el monto de ventas reflejado en el estado de resultados de la empresa infractora.

(7) Desde un punto de vista económico, si la multa fuese determinada en un monto igual al beneficio

Dado que los beneficios adicionales obtenidos por un infractor pueden ser complejos de estimar, dado que los costos de la compañía infractora no son fácilmente verificables y que, por tanto, su monto podría ser manipulado por la compañía infractora, la principal ventaja de este enfoque es que es un método relativamente sencillo de implementar, permitiendo relacionar la multa con dichos beneficios adicionales en función de variables económicas objetivas de las empresas infractoras, reflejadas en sus estados contables auditados, y difícilmente manipulables de manera no detectable.

De todas formas, es importante tener presente que este enfoque presenta ciertas limitaciones al momento de estimar los potenciales beneficios adicionales de un infractor.

En primer lugar, este enfoque implícitamente asume que los beneficios adicionales se generaron de manera homogénea y constante, al tomar una proporción predeterminada del volumen del negocio del último año y multiplicarla por una cantidad fija de años. Esta metodología no necesariamente representa apropiadamente la evolución de la práctica ilícita o de sus efectos.

En segundo lugar, el nivel máximo del 30% del volumen del negocio asociado al acto ilícito determinado en la ley, puede no reflejar con precisión el beneficio adicional obtenido por el infractor. En este sentido, la consistencia y similitud entre el 30% de las ventas y los beneficios adicionales obtenidos dependerá en mayor medida del: i) el incremento del nivel de precios debido a las conductas anticompetitivas; ii) la sensibilidad de la demanda frente a dichos incrementos de precios (el efecto elasticidad precio) (8); y iii) los niveles de costos y márgenes unitarios.

obtenido, el potencial infractor no encontraría ningún efecto disuasivo que le impida llevar a cabo conductas anticompetitivas, dado que: (i) si la conducta es detectada, simplemente debería devolver el beneficio obtenido; y (ii) si la conducta no es detectada, se apropiaría de la totalidad de sus beneficios.

(8) La elasticidad precio de la demanda es un concepto económico que relaciona el cambio en la cantidad consumida de un bien con el cambio en su precio. Mientras más elástica sea la demanda, pequeños cambios en los precios motivarán cambios significativos en las cantidades consumidas. Por otro lado, si la demanda es inelástica, aunque haya aumentos de precios significativos, solo se producirán cambios pequeños en las cantidades demandadas. En el contexto de un cártel, los beneficios

Si se asume, por ejemplo, que debido a una conducta anticompetitiva el precio de un producto se incrementa en un 50% (de \$1,00 a \$1,50), y que esto produce una reducción en las cantidades vendidas del 20% (de 100 a 80) sin afectar el costo unitario de producción (se mantiene constante en \$0,80), los beneficios obtenidos se habrán incrementado en \$36 (pasando de \$20 a \$56) (9). Si se aplicase una multa del 30% del volumen del negocio (el cual asciende a \$120), el monto de la multa habría sido de \$36, igual al monto de los beneficios adicionales.

Este ejemplo refleja que cuanto mayor sea el incremento en el precio, menor sea la elasticidad precio, y mayor el costo unitario, mayor será el beneficio adicional respecto al monto de la multa (10) (11). Contrariamente, cuanto me-

asociados al aumento de los precios más que compensan la caída en las cantidades vendidas.

(9) El beneficio surge de calcular: (Precio - Costo Unitario) x Cantidad. De esta manera, en la situación original el beneficio se computa como: $(\$1,00 - \$0,80) \times 100 = \$20$; y en la situación bajo las conductas: $(\$1,50 - \$0,80) \times 80 = \$56$.

(10) Si se aumenta el precio, manteniendo lo demás constante, el beneficio adicional aumenta con respecto a la multa. Por ejemplo, con un precio de \$1,55, se obtiene un beneficio de $(\$1,55 - \$0,80) \times 80 = \$60$, es decir, un beneficio adicional de \$40; mientras que la multa es $\$1,55 \times 80 \times 0,30 = \$37,20$. El beneficio adicional luego de la multa es de \$2,80. Análogamente, si aumentan las cantidades, el efecto será similar. Suponiendo un aumento en cantidades de 80 a 85 unidades, el beneficio es $(\$1,50 - \$0,80) \times 85 = \$59,50$; mientras que la multa sería de \$38,25. En este caso, la diferencia extra a favor sería de \$1,25. Por otro lado, mientras mayor sea el costo unitario original, mayor incentivo habrá a incurrir en conductas anticompetitivas. En el caso del ejemplo anterior, esto puede verse si se supone un costo unitario igual a \$0,95. En este caso, con competencia se obtiene un beneficio de $(\$1,00 - \$0,95) \times 100 = \$5$; y en la situación bajo las conductas uno de $(\$1,50 - \$0,95) \times 80 = \$44$, lo que luego de la multa de \$36 arroja un beneficio de \$8. Contrariamente, si el costo unitario original es bajo, este resultado se revierte. Por ejemplo, si se supone un costo de \$0,05, el beneficio bajo competencia es de $(\$1,00 - \$0,05) \times 100 = \$95$; y en la situación bajo las conductas es de $(\$1,50 - \$0,05) \times 80 = \$116$, reduciéndose a \$80 luego de la multa correspondiente de \$36. De esta forma puede verse que, bajo los supuestos de este ejemplo, los incentivos a incurrir en conductas anticompetitivas son mayores cuanto más altos son los costos unitarios.

(11) Asimismo, en el caso del ejemplo anterior, bajo cierto supuestos, se puede mostrar que el infractor

no sea el incremento en el precio, mayor sea la elasticidad precio, y menor el costo unitario, menor será el beneficio adicional respecto al monto de la multa.

Por último, cabe mencionarse que este método cuenta con un límite superior al monto de la multa, que está dado por el 30% de las ventas del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. La lógica de este límite podría estar relacionada con que la potencial falta de información inherente a este cálculo no resulte en multas excesivamente onerosas a los infractores, que pudieran colocalles en una posición de insolvencia (o *financial distress*), forzarles a limitar sus inversiones, incrementar sus precios, o incluso a abandonar los mercados en los que operan, en claro detrimento de los intereses de sus consumidores.

Asimismo, cabe mencionar que la vinculación del monto de la multa al volumen de ventas es consistente con las prácticas internacionales, como por ejemplo con lo estipulado por la Unión Europea y Estados Unidos.

En el caso europeo, para la determinación del importe base de la multa, si bien por regla general la proporción del valor de ventas que se considera es del 30%, se incluye una suma adicional de entre el 15% y el 25% del valor de ventas, a fin de disuadir a las empresas de participar en acuerdos. Sin embargo, en ningún caso las multas pueden superar el 10% del volumen

obtendría beneficios adicionales mayores a la multa, es decir, le convendría cometer la conducta anticompetitiva, si y solo si pudiera incrementar sus precios en más del 42,50% respecto a una situación de ausencia de dicha conducta. Partiendo del ejemplo numérico original, se supone una demanda perfectamente inelástica (no reacciona ante cambios del precio), y costos unitarios constantes (tiene sentido porque no cambia la cantidad). Un aumento del precio de 42,50% respecto a la situación original implica un precio de \$1,425. El cálculo del beneficio obtenido es: $(\$1,425 - \$0,80) \times 100 = \$62,50$, lo que implica un beneficio adicional de \$42,50. Por su parte, la multa en este caso se computa como $0,30 \times \$1,425 \times 100 = \$42,75$. Por lo tanto, para un aumento de precios de hasta 42,50% con respecto al ejemplo original, la multa sería mayor a los beneficios extraordinarios.

de negocios total realizado durante el ejercicio previo (12).

En el caso de Estados Unidos, las “Guías para Sentencias”, cuya aplicación no es obligatoria, proveen como punto de partida para el cálculo de la multa el 20% del volumen de negocio afectado (13)(14).

II.1.2. La multa como el doble del beneficio obtenido por el infractor

Como se mencionó anteriormente, el art. 55 también establece que la multa puede ser computada hasta un monto equivalente al doble del beneficio obtenido por aquellos que practiquen la conducta anticompetitiva.

Este punto, ausente en la legislación anterior, es especialmente relevante para reforzar aún más el carácter disuasivo de las multas ya que se estaría involucrando de manera directa al beneficio adicional real obtenido por el potencial infractor.

En este sentido, el hecho de que se duplique el monto del beneficio obtenido por el infractor tiene efectos disuasivos sobre el mismo (15). En términos del ejemplo de la sección anterior, el infractor obtendría un beneficio neto de cero, dado que, si bien una de las conductas anticompetitivas sería detectada, el monto de la multa (doble de los beneficios) compensaría los beneficios obtenidos en aquella conducta que no habría sido detectada. De ese modo, cuanto mayor sea el factor de multiplicación con respecto al beneficio, mayores serán los efectos disuasivos que la multa tendrá sobre conductas anticompetitivas.

(12) Véase COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, “Directrices...”, cit.

(13) Véase US SENTENCING COMMISSION, “United States Sentencing Commission Guidelines Manual”, 2016.

(14) Véase CONNOR, J. M. - LANDE, R. H., *Cartel overcharges and optimal cartel fines*, 2008.

(15) Dado que no todas las conductas son detectadas y sancionadas, el infractor encontraría que, en promedio, le resulta rentable llevar a cabo conductas anticompetitivas. Por ejemplo, si la tasa de detección es del 50%, el potencial infractor encontraría que, de realizar dos conductas anticompetitivas similares, obtendría un beneficio neto similar al de una conducta anticompetitiva.

El uso de un multiplicador, como el recogido en el art. 55, es particularmente importante porque refleja que la probabilidad de detección de la práctica anticompetitiva es siempre reducida. Si la multa se fijase de forma que el beneficio del infractor fuera cero, solo tendría un efecto disuasorio si dicha infracción fuera detectada con probabilidad uno (esto es, con certeza), lo cual es del todo imposible. Al doblar el monto de la multa en relación con los beneficios obtenidos se consigue que el efecto disuasorio se manifieste incluso cuando la probabilidad de detección sea considerablemente inferior. El efecto de este cambio será probablemente significativo dado que la ley, al introducir, entre otras medidas, un mecanismo de clemencia, aumenta la probabilidad de detección.

Asimismo, este concepto es consistente con otras prácticas implementadas a nivel internacional. En el caso europeo, las “Directrices para el cálculo de multas” estipulan que “la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo” (16).

Las limitaciones que enfrenta este enfoque se asocian a las complejidades y dificultades para realizar una apropiada estimación de los beneficios obtenidos por el infractor. Particularmente, la complejidad radica en poder simular cómo el producto o mercado afectado habría evolucionado en un escenario contrafáctico (o *but for*), es decir en ausencia de la conducta ilícita. Esto implica determinar, entre otras variables, cómo habrían sido los precios y cantidades demandadas del producto en ausencia de la conducta ilícita, aislando de otros efectos (de mercado o macroeconómicos) que también pudieron haber afectado a dichos productos. Otra de las complejidades radica en determinar el período exacto durante el cual la conducta anticompetitiva tuvo efectos económicos, el cual puede extenderse más allá del momento en el cual habría finalizado dicha conducta.

(16) Véase COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, “Directrices...”, cit.

Existen numerosas herramientas y metodologías para llevar a cabo dicho análisis contrafáctico (17). Entre ellas cabe mencionar: i) el método *before-and-after*, mediante el cual se construye el escenario contrafáctico con base en el período anterior y posterior al cártel, para aproximar cuáles deberían haber sido el precio y desempeño competitivos durante el cártel; ii) el método *yardstick*, mediante el cual se construye el escenario alternativo con base en los mercados comparables en donde no hay sospechas de colusión.

Además, existen otros métodos adicionales para estimar los escenarios contrafácticos a partir de información sobre los costos y las condiciones de demanda durante el período del cártel (18). Algunos de los más representativos son: i) el método *cost markup*, mediante el cual se estima el precio competitivo como una medida de costo unitario más un *mark-up* razonable; ii) el análisis de simulación, que se basa en la calibración de un modelo económico que incorpora las conductas anticompetitivas; iii) el análisis de pérdida crítica, que calcula el límite máximo de aumento de precios que sería rentable para el cártel.

A diferencia del método para el cálculo de la multa explicado en la sección anterior, el método del doble beneficio obtenido por el infractor no cuenta con un límite superior en términos de las ventas de los infractores.

II.2. Nuevos procedimientos de reclamo por daños y perjuicios

Si bien el art. 51 de la ley 25.156 permitía a los damnificados realizar las acciones de daños y perjuicios (19), en la práctica estos procedimientos no eran habituales, siendo prácticamente inexistentes los antecedentes de

(17) Véase VAN DIJK, T. - VERBOVEN, F., "Quantification of damages. Issues in competition law and policy", 3, 2008, ps. 2331-2348.

(18) Véase VAN DIJK, T. - VERBOVEN, F., "Quantification of damages...", cit.

(19) Específicamente, el art. 51 de la ley 25.156 establece: "Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia".

reclamos por daños resultantes de prácticas anticompetitivas (20).

La ley 27.442 incorpora ciertas innovaciones tendientes a agilizar y mejorar los procedimientos de reclamos por daños y perjuicios.

Por un lado, el art. 63 admite como *cosa juzgada* la resolución adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que facultaría al juez civil a fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (21). Por otro lado, acelera los tiempos procesales al establecerse que la acción de daños y perjuicios se tramitará de acuerdo con un proceso sumarísimo del Cód. Proc. Civ. y Com.

Desde un punto de vista económico, la aceleración y mejoras en los procedimientos de acciones de daños y perjuicios cumplen dos funciones fundamentales (22).

(20) De acuerdo con Trevisán:

"Sorprende que desde la sanción de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (...) no se hayan observado más casos en los que se persiga la responsabilidad civil contra autores de ilícitos anticompetitivos. Si bien existieron algunos antecedentes jurisprudenciales que pudieron haber sido un indicio de que este tipo de acciones tendrían mayor lugar en nuestro país, la realidad es que hasta la fecha poco ha sucedido en la materia. De esta forma, la evolución de esta materia en nuestro país se asemeja al camino que lentamente y no libres de inconvenientes han transitado en el mismo tema otras jurisdicciones".

Véase TREVISÁN, P., "Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia", JA 2013-IV, SJA del 23/10/2013, p. 3.

(21) En particular, el art. 63 establece: "La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley".

(22) Véase FISHER, F. M., "Economic analysis and antitrust damages", *World Competition*, 29, 2006, ps. 383-394.

En primer lugar, permitirían compensar las pérdidas económicas sufridas por los individuos y empresas afectados por las conductas anticompetitivas, evitando de ese modo un enriquecimiento ilícito por parte del infractor.

En segundo lugar, cumplirían un mayor rol disuasivo respecto a la realización de conductas anticompetitivas. En este sentido, el infractor no solo tendría que enfrentar un monto que surgiría de las multas analizadas anteriormente, sino que además debería compensar por daños y perjuicios a los afectados por sus conductas (ya sean firmas o consumidores).

Sin embargo, si bien se facilita la posibilidad de reclamar por daños y perjuicios en la justicia civil y comercial, ley 27.442 no dispone ningún lineamiento respecto a cómo deben ser calculados estos daños, ni las situaciones específicas en las cuales pueden existir dichos reclamos. Se discute a continuación aspectos económicos relevantes relacionados al cómputo de daños y perjuicios.

II.2.1. Aspectos económicos relevantes sobre daños y perjuicios

Conceptualmente, los daños y perjuicios sufridos por los consumidores generalmente surgen de comparar el beneficio que habrían obtenido en ausencia de la conducta anticompetitiva, y el efectivamente obtenido.

Cuando un agente comete prácticas anticompetitivas, los agentes económicos con los que operan de manera directa, sean compradores o proveedores, se convierten en damnificados directos. Sin embargo, puede que ellos no sean quienes sufran los mayores daños derivados de las conductas anticompetitivas, sino que los efectos se trasladen a otros actores económicos(23). En este caso, los damnificados directos habrían hecho un ‘traspaso’ (que se conoce

como *pass-on*) parcial o total de los efectos anticompetitivos a los damnificados indirectos.

Con respecto a quiénes estarían en condiciones de reclamar daños y perjuicios, la ley 27.442 no explicita si los reclamos podrán ser realizados únicamente por los damnificados directos, o si también lo podrán hacer los damnificados indirectos(24).

Uno de los puntos centrales en la valuación de los daños sufridos por los damnificados directos es determinar la capacidad efectiva que estos tienen de realizar el traspaso de los daños. En caso de poder realizar dicho traspaso, esto implicaría una mitigación de los daños por parte del damnificado directo, que en el extremo de los casos podría hasta ser total. Es decir, podría darse el caso en el cual el damnificado directo puede traspasar el 100% de los efectos adversos al damnificado indirecto, siendo este último el que afronte la totalidad de las pérdidas.

Este tipo de mitigación da lugar a la discusión respecto a si debe aceptarse “la defensa *pass-on*” por parte del infractor, es decir, si del cómputo de los perjuicios sufridos por el damnificado directo debe deducirse la mitigación efectivamente realizada(25).

Por un lado, existen argumentos económicos en contra de permitir una defensa por *pass-on*. La idea subyacente es que, permitir esta defensa, podría disminuir los incentivos a denun-

(24) De todos modos, el art. 65 contemplaría esta posibilidad, ya que explicita que un beneficiario del programa de clemencia será responsable ante sus compradores o proveedores directos e indirectos, siempre que no se pueda obtener reparación plena del daño producido por las demás firmas implicadas.

(25) La forma económicamente correcta de computar compensaciones a damnificados directos, cuando se permite una defensa de tipo *pass-on*, debe incluir tres efectos. En primer lugar, la base para el cálculo del daño es el sobrecargo de precios. En segundo lugar, debe computarse una reducción en los daños atribuida al traspaso parcial de sobrecargos de precios al siguiente eslabón de la cadena productiva. Finalmente, debe incorporarse un aumento en daños producto de la caída en las ventas, esperable luego del aumento de precios (siempre que la demanda no sea perfectamente inelástica). Véase VAN DIJK, T. - VERBOVEN, F., “Implementing the passing-on defence in cartel damages actions”, *Global Competition Litigation Review*, 3(3), 2010, ps. 98-106.

(23) Por ejemplo, si el cliente directo de un cártel es un productor que utiliza como insumo el bien vendido por el cártel, puede que “traspase” los aumentos de precio hacia el siguiente eslabón en la cadena productiva. De esta forma, los efectos perniciosos de las conductas pueden trasladarse completa o parcialmente hacia arriba o hacia abajo en la misma. Eventualmente, una parte relevante de los daños pueden recaer sobre el consumidor final.

ciar prácticas anticompetitivas por parte de los damnificados directos, que son quienes están en la mejor posición para detectarlos. La razón que explicaría estos menores incentivos a denunciar es que, si esta defensa fuera permitida, los montos reclamados por los damnificados directos por daños y perjuicios serían menores, puesto que deberían restarse los traspasos a los demás actores económicos (26). Adicionalmente, si no se permitiera el reclamo de dichos actores indirectos, el hecho de permitir la defensa por *pass-on* llevaría a que se relajen los efectos disuasorios de los reclamos por daños y perjuicios.

Por otro lado, existen argumentos económicos que sustentan la implementación de una defensa por *pass-on*. En el caso en el que se produzca un fuerte traspaso de los efectos de la conducta ilícita a los damnificados indirectos y la defensa *pass-on* no estuviera contemplada, la compensación a los afectados directos sería desproporcionadamente grande, cuando estos no fueron los principales perjudicados por dicha conducta (27). Como se menciona anteriormente, sería esperable que en el caso de permitirse la defensa por *pass-on* los damnificados indirectos también puedan reclamar por los efectos percibidos.

La experiencia internacional no ofrece un consenso sobre la defensa *pass-on*, y de hecho existen diferentes criterios para el cálculo de los resarcimientos según el país. En particular, las cortes federales de Estados Unidos tratan los casos de fijación de precios como si no hubiera habido traspaso (aunque algunos Es-

tados lo admiten) (28). En el caso de la Unión Europea, la defensa *pass-on* está permitida y puede aplicarse en los reclamos por daños y perjuicios (29).

III. La nueva ley busca desincentivar las conductas de cartelización

La nueva ley tiene entre uno de sus objetivos aumentar el costo esperado de la cartelización (30), reduciendo entonces los incentivos económicos a realizar estas conductas tan lesivas para los intereses de los consumidores y la eficiencia de los mercados.

Para ello, la ley actúa sobre los dos parámetros que determinan el costo esperado de incurrir en prácticas de este tipo. Por un lado, introduce cambios que implican un aumento en la probabilidad de que los cárteles sean detectados. Intuitivamente, cuanto mayor sea la probabilidad de detección de los cárteles, menores serán los incentivos para formarlos, generando un efecto disuasivo a la realización de estas conductas. Por otro lado, incorpora modificaciones que hacen que las penalizaciones para los cárteles detectados sean más rigurosas, tal como se explicó anteriormente en la sección relacionada a sanciones.

Nuevamente, al aumentar el monto de las multas, disminuyen los incentivos a la cartelización. A continuación, se presentan los cambios introducidos en la ley 27.442 para desincentivar la cartelización.

III.1. Aumento de la probabilidad de detección y sanción de cárteles

La ley 27.442 presenta dos grandes cambios que tienden a aumentar la probabilidad de de-

(26) En los casos en donde existan damnificados indirectos, los mismos podrían ser más numerosos, pero estar dispersos y tener reclamos de menor cuantía individual, lo que no los incentivaría a denunciar prácticas anticompetitivas. En contraposición, los perjudicados directos pueden ser menor cantidad (lo que facilitaría la coordinación) y tener reclamos de mayor cuantía, lo que haría más simple el cálculo y la adjudicación de reparaciones por daños. Véase VAN DIJK, T. - VERBOVEN, F., "Quantification of damages...", cit.

(27) En el caso en que estas compensaciones desproporcionadas tengan lugar eventualmente, el damnificado directo podría no tener los incentivos de que la conducta anticompetitiva cese o podría acordar con el infractor para beneficiarse de esta situación.

(28) Véase VERBOVEN, F. - VAN DIJK, T., "Cartel damages claims and the passing-on defense", *The Journal of Industrial Economics*, 57(3), 2009, ps. 457-491.

(29) Véase PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, "Directiva 2014/104/UE", 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

(30) El costo esperado está determinado por el producto entre la probabilidad de detección del cártel por parte de las autoridades y la eventual sanción que sería impuesta a los infractores.

tección y sanción de cárteles: la presunción de ilegalidad de los mismos y la creación del programa de clemencia.

El art. 2º de la ley 25.156, otorgaba el mismo estatus a las conductas de concertación que a las de abuso de posición dominante. De esta forma, el estándar de prueba necesario para probar la existencia del cártel y sancionarlo era la conocida como “regla de razón” (o *rule of reason*). Esto es, el análisis de estas prácticas se realizaba en ausencia de presunción alguna, comparando sus posibles efectos procompetitivos y anticompetitivos. Esta regla carece de sentido económico porque la probabilidad de que un cártel resulte procompetitivo o eficiente es prácticamente nula mientras que sus posibles efectos anticompetitivos son altamente probables y muy elevados. De ahí que el consenso económico es que los cárteles deben presumirse como anticompetitivos y prohibirse *per se*; esto sin mayor análisis de sus posibles efectos.

Si bien la jurisprudencia existente muestra una tendencia clara a sancionar *per se* las prácticas horizontales concertadas suficientemente probadas, el nuevo art. 2º de la ley 27.442 confirma esta dirección al considerar a los cárteles “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”.

Esta redefinición impacta sobre los incentivos a coludir, ya que aumenta la probabilidad de sanción. En este sentido, bajo la ley 25.156, una vez probada la existencia de un cártel era necesario probar la existencia de efectos negativos derivados de su conducta. Esto no resulta necesario bajo el nuevo régimen, ya que, como se acaba de explicar, se incorpora la presunción de que los cárteles producen perjuicios al interés económico general.

No obstante, la experiencia argentina e internacional muestra que la detección de cárteles no es sencilla y, por lo tanto, no es frecuente. En particular, la investigación de posibles prácticas colusivas y la cuantificación de los daños ocasionados por las mismas es una tarea compleja.

Ante la dificultad para recolectar pruebas y sancionar la cartelización, la introducción del programa de clemencia tiene por objetivo au-

mentar la probabilidad de detección de cárteles al proveer nuevos incentivos para que los infractores confiesen prácticas de colusión (31).

Desde un punto de vista económico, el desafío de este tipo de programas consiste en calibrar convenientemente riesgos, premios y castigos de forma tal que, para quienes incurran en una conducta de cartelización, la delación se vuelva la opción más conveniente. Esto se debe a que, quienes integran un cártel, toman decisiones con base en los beneficios esperados de continuar en el mismo en comparación con el costo esperado.

Si las partes involucradas en un cártel decidieran continuar con el mismo, mantendrían sus beneficios (mayores precios, menos competencia) pero enfrentarían el riesgo de que el cártel fuera detectado (lo que implicaría el pago de las sanciones, las acciones de daños y perjuicios y el cese del goce del beneficio del cártel). Si, por el contrario, uno de los miembros decidiera acogerse al programa de clemencia, dejaría de gozar de los beneficios del cártel, pero podría ser eximido de las sanciones correspondientes (o lograr una reducción), mientras que sus competidores serían sancionados (32). A su vez, dado que los beneficios de acogerse al programa son aplicables solo a aquellos que confiesen en primer lugar, aumentan los incentivos de todos los miembros a ser el primero en confesar.

De esta manera, la implementación de un programa de clemencia, a través del aumento en la probabilidad de detección del cártel y, por lo tanto, en la probabilidad de aplicación de sanciones, aumenta el beneficio esperado de confesar relativo al de continuar con las conductas.

Cabe señalar que la teoría y la experiencia internacional señalan que el éxito de los progra-

(31) A su vez, si el programa es exitoso, tendrá el beneficio extra de ahorrar recursos públicos que de otra forma deberían haberse destinado a la investigación de las conductas.

(32) El programa de clemencia otorga exención de la multa en los casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia no cuente con información o no haya iniciado una investigación previa; y otorga una reducción de la misma (entre 50% y 20%), en los casos en que se aporten pruebas adicionales.

mas de clemencia depende en gran medida de la posibilidad de acogerse a ellos incluso si ya se ha abierto una investigación (33). Esto se debe a que, como se mencionó anteriormente, al comenzar un cártel, los actores toman en consideración la probabilidad de que el mismo sea detectado. Una vez iniciada la investigación, la probabilidad de detección del cártel aumenta considerablemente, lo que a su vez aumenta los incentivos de los infractores a acogerse al programa de clemencia.

III.2. Sanciones más duras para quienes realicen conductas de cartelización

El art. 56 de la nueva ley, ahonda en los criterios que determinan la graduación de las multas, tal como se explicó en la sección relacionada a las mismas. Estos criterios incluyen la gravedad de la infracción, el beneficio obtenido y el efecto disuasivo, entre otros. Debido a esto, es de esperar que la designación de los cárteles como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia” (es decir, conductas de máxima gravedad), implique la imposición de las sanciones más severas permitidas por la ley ante este tipo de conducta.

El cambio mencionado, junto con un posible aumento de las acciones de reparación por daños y perjuicios, aumenta sustancialmente el costo de la sanción para las personas involucradas en cárteles, desincentivando la generación de los mismos. No obstante, debe notarse que, si bien la elevación de las sanciones y multas aumenta los incentivos de las empresas cartelizadas a acogerse a los programas de clemencia y, por tanto, aumenta la probabilidad de detección, ese no es el caso de las acciones de

reparación. Estas últimas, en tanto no excluyen a la empresa acogida al programa de clemencia, pueden, como indica la experiencia europea, reducir la efectividad de los programas de clemencia. Es importante tomar en consideración la mitigación del impacto de dichas acciones de reparación sobre las empresas que se acojan a un programa de clemencia; así sucede en la Unión Europea puesto que las empresas acogidas al programa de clemencia quedan eximidas del pago solidario y conjunto de los daños causados por el cártel, por lo que solo se les puede reclamar por los daños directa y exclusivamente causados por ellas mismas.

En conclusión, el éxito de la nueva ley para desincentivar conductas de cartelización dependerá en gran medida de la implementación de estos cambios, es decir, de la voluntad por imponer sanciones disuasorias y de la efectividad del programa de clemencia. En este sentido, las amenazas deben ser ‘creíbles’ para que generen cambios en el comportamiento de los actores económicos.

IV. La nueva ley resultará en un control de las concentraciones más ágil y efectivo

La ley 27.442 brinda a la futura autoridad de competencia la capacidad para ejercer un control más ágil y efectivo sobre las concentraciones empresariales (34).

Por un lado, se introducen cambios normativos y se adoptan nuevas herramientas económicas cuyo fin es identificar y resolver en forma expeditiva todas aquellas operaciones que, *a priori*, no amenazarían la competencia. Algunas de dichas herramientas están delineadas en el documento presentado por las autoridades bajo el título de “Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas” (35).

En primer lugar, se redefinen los montos de notificación obligatoria, además de introdu-

(33) Por ejemplo, al rediseñar su programa en 1993, Estados Unidos logró un éxito considerable a la hora de detectar casos de colusión: con la antigua política (de 1978), sólo una corporación por año aplicaba al programa de clemencia, mientras que con la nueva la tasa se elevó a casi dos por mes. En particular, los cambios introducidos en 1993 incluyeron la posibilidad de cooperar con una investigación en curso, la ratificación de la naturaleza automática de la amnistía (al menos cuando la investigación aún no ha comenzado), y la amnistía contra la imputación penal para las personas físicas involucradas. Véase MOTTA, M., *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, 2004.

(34) La ley contempla un período de transición, por lo que el nuevo régimen de control de las concentraciones entrará en vigor al cumplirse un año de la conformación de la nueva autoridad de competencia.

(35) Véase MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, SECRETARÍA DE COMERCIO, “Resolución 208/2018 Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas”, 2018.

cirse la actualización automática con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (36). La falta de actualización de los montos de notificación obligatoria indicados en la ley 25.156 hacía que la autoridad debiera analizar concentraciones que eran insignificantes y cuyos posibles efectos anticompetitivos eran *de minimis*. La corrección de estos umbrales implica la ampliación de la disponibilidad de recursos para investigar casos de mayor significación y gravedad.

En segundo lugar, se implementan mecanismos de tipo carril rápido (*fast track*), tendientes a reducir los tiempos de decisión para los casos de transacciones que no presenten riesgos para la competencia. En este sentido, los nuevos lineamientos para el control de concentraciones económicas establecen como criterio general que operaciones entre empresas con una participación de mercado conjunta menor al 20%, no deberían generar preocupación en términos de reducción de la competencia. En la misma dirección, se explicita que existen operaciones que pueden ser evaluadas sin necesidad de definir un mercado relevante, siempre que se trate de casos en los que el efecto sobre la competencia sea insignificante.

En tercer lugar, con respecto a las herramientas económicas utilizadas para evaluar concentraciones, uno de los principales cambios es el establecimiento de criterios relacionados al Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI), a través de los cuales se podría determinar cuáles son las operaciones que presentan potenciales riesgos para la competencia por su propensión a fomentar la concentración económica. Además, se proponen criterios cuantitativos para evaluar la creación o refuerzo de una posición dominante por parte de una concentración económica, como ser el Índice de Presión Alcista de Precios (“UPP” por sus siglas en inglés) (37), que trata de medir los incentivos de las empresas fusionadas a aumentar los precios.

Por otro lado, la nueva ley incluye un cambio en cuanto al momento en el tiempo en el cual se aprobarán las operaciones de fusiones y concentraciones. En particular, se pasa de un criterio *ex post* a un criterio *ex ante*, que faculta a la autoridad para detener o condicionar todas aquellas operaciones que considere que pueden atentar contra la competencia, previa a la materialización del acto en cuestión. Este punto marca una diferencia importante con respecto al régimen anterior, que permitía que se efectúen operaciones sin una decisión de la autoridad, la cual podía tardar varios años en materializarse (38).

La literatura económica referida a cuál es el momento óptimo para evaluar fusiones es reciente y constituye un campo de investigación en expansión (39). En este sentido, varios autores han enfatizado la existencia de un dilema (*trade-off*) al que se enfrentan las agencias de regulación al momento de permitir o no una operación, cuando existe alta incertidumbre sobre cuáles serían sus impactos en los mercados en cuestión. Este dilema se vuelve especialmente relevante cuando la única forma de disminuir el nivel de incertidumbre es observar sus efectos reales a través del tiempo. Sin embargo, pocos autores han analizado este tipo de casos (40).

Debido a que los controles *ex ante* y *ex post* difieren en el momento en que se produce la evaluación de la potencial concentración, los elementos centrales que cambian entre ellos son: (i) la información disponible y (ii) la incertidumbre sobre los efectos reales de la concentración. Esto se debe a que las fusiones tienen efectos en favor y en contra de la competencia y la eficiencia económica (41); y la calidad y

(36) Véase art. 9º de la ley 27.442.

(37) Véase OLDALE, A. - PADILLA, J., “EU Merger Assessment of Upward Pricing Pressure: Making Sense of UPP, GUPPI and the Like”, *Journal of European Law & Practice*, vol. 4, 2013, ps. 375-381.

(38) En particular, el art. 9º de la ley 27.442 establece que las concentraciones “deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control”.

(39) Véase COSNITA-LANGLAIS, A. - TROPEANO, J. P., “Better safe than sorry? Ex ante vs ex post merger control”, 2014.

(40) Véase OTTAVIANI, M. - WICKELGREN, A., “Policy Timing Under Uncertainty: Ex Ante versus Ex Post Merger Control”, 2008.

(41) Véase OLDALE, A. - PADILLA, J., “For Welfare’s Sake? Balancing Rivalry and Efficiencies in Horizontal Mergers”, *Antitrust Bulletin*, vol. 55 (4), 2010, ps. 953-991.

naturaleza de la información verificable sobre ellos depende del momento en que se evalúe la misma.

En este sentido, si bien el análisis *ex post* permite disponer de mejor información, la remediación de conductas anticompetitivas descubiertas mediante dicho análisis podría estar limitada o ser costosa de implementar. En particular, con un criterio *ex post*, si finalmente se comprueban efectos negativos como resultado de la concentración, los remedios a disposición podrían resultar ineficaces, debido a que los efectos indeseados ya habrán tenido lugar, y podría no ser económicamente viable o factible reinstaurar la situación previa a la concentración. Por ejemplo, dos firmas fusionadas podrían resultar indistinguibles entre sí, haciendo imposible retrotraer la realización de la fusión y revertir completamente sus efectos (42).

Como contrapartida, un criterio *ex ante* previene a las partes involucradas en la concentración de incurrir en conductas relevantes que luego podrían tener que ser revertidas o resultarían inaplicables, en caso de que la autoridad decida no convalidar la operación. En este sentido, este criterio presenta un mayor grado de seguridad jurídica, ya que no se encuentra presente el riesgo de una desinversión forzosa pasados unos años de la fusión.

(42) Véase OTTAVIANI, M. - WICKELGREN, A. L., "Ex ante or ex post competition policy? A progress report", *International Journal of Industrial Organization*, 29(3), 2011, ps. 356-359.

En conjunto, es de esperar que estos cambios permitan a la autoridad concentrar esfuerzos en aquellas operaciones de mayor relevancia económica, a la vez que le permitirá imponer remedios que resulten efectivos. De esta manera, la nueva ley de competencia se acerca más a las prácticas extendidas a nivel regional y global (43) (44). El balance final de estas modificaciones dependerá principalmente de la capacidad de la autoridad para resolver en tiempo y forma las notificaciones de concentración.

V. Conclusiones

En síntesis, la ley 27.442 introduce cambios y nuevas herramientas de análisis económico en comparación con la ley anterior. Estas modificaciones permiten, en primer lugar, una mayor disuasión de potenciales conductas anticompetitivas y, en segundo lugar, un análisis más ágil de estas.

De este modo, la nueva ley tiende al establecimiento en la Argentina de un régimen de defensa de la competencia más efectivo y acorde a los estándares internacionales. Sin embargo, dicha ley aún plantea algunos interrogantes y desafíos, principalmente de implementación, que deberán ser superados para continuar con la optimización de dicho régimen.

(43) Véase ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, "Merger Control Laws and Procedures in Latin America and the Caribbean", 2005.

(44) Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Reglamento (CE) No 139/2004 (sobre el control de las concentraciones entre empresas)", 2004.

DISEÑO INSTITUCIONAL

El desafío del regreso al sendero correcto en el Diseño Institucional

MIGUEL ÁNGEL DE DIOS (*)

I. Introducción (1)

La sanción y promulgación de la ley 27.442 importó un avance significativo en el desarrollo del régimen de defensa de la competencia en Argentina. La misma es un sano regreso al sendero correcto en el diseño institucional, así como también incorpora e innova en otras áreas conforme la práctica más moderna en materia de defensa de la competencia en el mundo.

Con el propósito de analizar algunos de los cambios normativos, en este trabajo nos concentramos en la problemática del diseño institucional para la defensa de la competencia y el régimen establecido por la ley 27.442. En el Capítulo II se aborda la problemática comparada del principio de la independencia de las agencias de competencia, el rol de los tribunales judiciales en las cuestiones de competencia y se desarrolla una breve descripción del

modelo institucional chileno. En el Capítulo III se analizan los antecedentes normativos en Argentina en materia de organización de las agencias de competencia. Así se evalúa críticamente el modelo oportunamente establecido de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la creación normativa del Tribunal que nunca llegó a constituirse y la modificación precedente a la sanción de la actual ley. El Capítulo IV se concentra en el nuevo régimen institucional establecido por la ley 27.442 con la creación de la Agencia Nacional de Competencia y la división funcional entre el Tribunal Nacional de Competencia y las Secretarías de Instrucción de Conductas y las de Concentraciones Económicas. En el Capítulo V se revisa el control judicial de las decisiones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Finalmente, se arriba a la conclusión de que los cambios realizados apuntan en la dirección correcta para el establecimiento de una agencia de competencia robusta y de acuerdo con los estándares de las agencias internacionales más prestigiosas.

II. El diseño institucional de las agencias de competencia

II.1. El paradigma de la independencia de las agencias regulatorias

Sabido es que existe un consenso en los campos de la ciencia económica, jurídica y política de que la competencia es buena para la economía de mercado. En efecto, la misma favorece la innovación, la reducción de precios y los esfuerzos de las empresas para rebajar sus costos

(*) Abogado (UBA). LL.M. (Universidad de Miami). Egresado del Programa de especialización en regulación económica (UTDT). Doctorando en Ciencias Jurídicas (USAL). Profesor titular Derecho Comercial y Defensa de la competencia (USAL). Socio De Dios & Goyena, abogados. Admitido como abogado en Buenos Aires y Nueva York.

(1) Agradezco a mi colega Juan Martín Salvadores de Arzuaga por la revisión de este trabajo, sus críticas y aportes que han sido muy útiles. También agradezco a Tomas Giacosa, estudiante de la Facultad de Derecho de la USAL programa franco-argentino, por la búsqueda de antecedentes y referencias incorporadas al trabajo. Ningún error que el trabajo tenga, sea de su contenido o citas, es atribuible a otro que a su autor.

de producción. La defensa de la competencia es un instrumento fundamental para la organización de una economía de mercado eficiente, dinámica y apta para incorporar al mercado al intenso proceso de innovación que caracteriza a la economía globalizada. Son estas, condiciones necesarias para el desarrollo económico.

Asimismo, es pacífico el entendimiento que para proteger esa competencia deben establecerse normativas y regulaciones que eviten, disuadan y corrijan prácticas contrarias a la libre competencia: prácticas no competitivas o anticompetitivas y concentraciones de empresas que pueden poner en práctica su poder en los mercados. Así como señala el premio nobel de economía Jean Tirole: “...Los economistas desde hace mucho tiempo han elogiado las virtudes de los mercados. La competencia sin restricciones protege a los consumidores de la influencia política de los lobbies y obliga a los productores a ofrecer productos y servicios a su costo de producción. Desafortunadamente, la competencia rara vez es perfecta, los mercados fallan y el poder del mercado —la capacidad de las empresas de aumentar el precio sustancialmente por encima del costo u ofrecer baja calidad— debe mantenerse bajo control(2).

Ello sin perjuicio de que la política de defensa de la competencia para alcanzar efectos positivos necesita de una práctica rigurosa y técnicamente confiable. En caso contrario, los costos económicos y sociales de las políticas activas de defensa de la competencia pueden resultar superiores a los beneficios. Así la apreciación de este instrumento de regulación económica no ha sido uniforme ni pacífica cuando se trata de países emergentes(3). En efecto, el establecimiento de reglas de competencias y agencias respectivas ha sido cuestionado en aquellas economías donde su escala no permite la exis-

tencia de varios jugadores en un mismo mercado o bien donde los incentivos a los nuevos entrantes al mercado estuvieron asociados a la concesión de ventajas o privilegios especiales. Las condiciones de establecimiento de monopolios legales en ciertos nichos de mercado estuvieron muchas veces asociados al otorgamiento de ventajas especiales a ciertos inversores más que a las razones de índole estrictamente económica que las justificaran.

En la actualidad existe acuerdo acerca del beneficio del establecimiento de regulación y políticas de defensa de la competencia no solo respecto de las economías desarrolladas de los países centrales sino también para los países emergentes o en vías de desarrollo. Fundamentalmente, porque en economías fuertemente reguladas, con costos de transacción innecesarios para el desarrollo de negocios y, a su vez, con significativas asimetrías de ingresos y sectores importantes de su sociedad bajo niveles de pobreza, la defensa de la competencia debe ser un objetivo de política fundamental. Así, se torna necesario posibilitar la transformación de una economía sobre regulada en una economía de mercado que cuente con un sistema de reglas previsibles y un sistema regulatorio no distorsivo. Adicionalmente, será necesario que el diseño institucional apropiado garantice a su vez la legitimidad social del mercado como mecanismo de asignación de recursos.

Sin embargo, estos consensos acerca del establecimiento de regulación en materia de competencia se relativizan al tratar de establecer cuál debe ser el órgano encargado de desarrollar tales funciones reguladoras y/o de defensa de la competencia y qué características organizativas y funcionales deben tener tales organismos(4).

Desde el punto de vista teórico y práctico (la evidencia de la organización de las agencias de competencia en el mundo lo demuestran) es posible estructurar una práctica de regulación de la competencia con base en una agencia que sea (i) una mera dependencia de un Ministe-

(2) TIROLE, Jean, Escuela de Economía de Toulouse, Francia. Traducción libre de la conferencia de recepción de su premio Nobel, el 8/12/2014 sobre “Fallas de mercado y política pública”. Ver en “Forthcoming, American Economic Review and Les Prix Nobel”, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc.by/tirole/prize_lecture_february_192015_bis.pdf.

(3) Fox, Elenor M., “Competition Policy: The comparative advantage of developing countries”, 2016.

(4) CUADRADO ROURA, Juan R. - CARRILLO NEFF, Marta, “Agencias de la regulación y la competencia. La independencia y la elección de un modelo multisectorial o integrado”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, nro. 51 (septiembre 2015), ps. 77-108.

rio de Gobierno, (ii) un órgano consultivo de una agencia de un Ministerio de Gobierno, o (iii) una agencia independiente del Gobierno. El desafío es siempre si tales agencias son capaces de promover la competencia de manera efectiva e imparcial dada su adscripción a un Gobierno o el poder político de turno. En la actualidad, junto a los esfuerzos realizados por la OECD y la evidencia de la experiencia de la mayor o menor eficacia de las agencias reguladoras en el mundo, la opinión de los académicos y expertos en la materia es abrumadora a favor de contar con una agencia que goce de autonomía institucional que le permita tomar decisiones y ejecutarlas. La constitución de una agencia independiente es considerada un pilar fundamental para el diseño de la agencia de competencia (5).

La principal razón que apoya esta elección es que una agencia independiente es la que puede garantizar el más alto nivel de transparencia y de autonomía en sus actuaciones, tanto respecto del gobierno o la autoridad ministerial más cercana a un determinado sector, como respecto de las empresas que operan en el sector del que se trate.

La independencia institucional de la agencia de competencia debe establecerse de acuerdo con cuatro pilares básicos(6). A saber, (i) la constitución de la agencia con base en una legislación especial o carta orgánica propia, (ii) la autarquía financiera que le permita contar con los fondos propios y la administración autónoma de los mismos, (iii) que los funcionarios a cargo de la agencia cuentan con estabilidad relativa como agentes públicos y (iv) que haya un involucramiento de los poderes políticos en su designación.

Esta independencia debe ser clara en dos frentes principales. Por un lado, con relación al poder político, pues la evidencia empírica

demuestra que los gobiernos pueden, y con frecuencia, quieren, influir en las actuaciones de las agencias reguladoras de forma que sus decisiones apoyen los objetivos que las autoridades persiguen o desean alcanzar. Como así también respecto de los agentes del mercado, las empresas siempre intentan influir para su beneficio —por muy diversas vías— en el regulador y en la agencia responsable de la defensa de la competencia.

Es una utopía pensar que la agencia de regulación de la competencia va a ser completamente independiente del poder político. Como señala Kovacic (7), sobre cualquier regulador la presión de las ramas políticas del gobierno es omnipresente e implacable. La cuestión fundamental será entonces cómo el regulador, incluso aquellos que hayan sido diseñados para garantizar el máximo nivel de independencia organizativa y financiera, puede desviar o minimizar la presión política que pueda afectar negativamente a su funcionamiento e incluso anular sus decisiones. Igualmente, con relación a la presión de los agentes del mercado. Los incentivos a la captura de los grupos de intereses serán siempre una amenaza al desarrollo de las mejores políticas de competencia. En consecuencia, la cuestión será asegurar que el regulador (o la agencia de competencia) pueda sortear la presión política y sectorial para tomar las decisiones de forma independiente (8).

II.2. Los tribunales judiciales y las cuestiones de competencia

Otra cuestión relevante para el establecimiento del diseño institucional será el rol que desempeñarán los tribunales de justicia en el desarrollo de los procesos y de las decisiones de estas agencias de competencia.

Como señalamos más adelante, el instituto de la defensa de la competencia no tiene una clara y definida antigüedad más allá de los finales del Siglo XIX como resultado del fortalecimiento de grandes conglomerados económicos y financieros que motorizaron las inversiones necesarias para el desarrollo de la segunda re-

(5) KOVACIC, William E., "Institutional Design and Competition System Effectiveness: The Latin American Experience", George Washington University Law School, y su presentación en la Jornada sobre Derecho Económico, USAL, junio 2013.

(6) DE LEÓN, Ignacio, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy. The Latin American Experience*, Kluwer Law International, 2009.

(7) KOVACIC, William E., "Institutional Design...", cit.

(8) CUADRADO ROURA *et al.*, "Agencias de la regulación...", cit.

volución industrial(9). Así tras el dictado de la Ley Sherman(10) en 1890 siguió una saga de casos resonantes por parte de la Suprema Corte de los EE.UU.(11) que moldearon el desarrollo de la represión de las prácticas lesivas de la competencia en las décadas siguientes, tanto en los EE.UU. como en el mundo.

Sin embargo, el modelo del rol inmediato, activo y preponderante en materia de competencia por parte de los tribunales de justicia que muestra la experiencia en los EE.UU. no ha sido el modelo dominante a partir del Siglo XX. En especial en el modelo Europeo continental de desarrollo de las reglas de competencia a partir del Tratado de Roma de 1958(12) y la constitución de la Unión Europea de 1999. En efecto, el modelo

(9) Diversos factores contribuyeron a la generación de conglomerados mediante el fideicomiso o trust como el vehículo apto a finales del siglo XIX en los EE.UU. A saber, (i) el desarrollo de las industrias extractivas o las innovaciones en materia de comunicación y transporte como el ferrocarril, telégrafo, teléfono, etc. que demandaban grandes inversiones financieras para su implementación, (ii) el régimen de propiedad de la tierra que permitía al titular del fondo superficiario ser titular de lo que se encontrase bajo tierra en su propiedad, (iii) ciertas ventajas impositivas por el desmembramiento de la propiedad plena entre varios potenciales inversores mediante fideicomisos, etc. Así es que el poder económico de grandes grupos organizados mediante trust hizo que la terminología de competencia inicialmente fuera referenciada como antimonopolio o antitrust.

(10) La denominada Ley Sherman de 1890 es considerada el puntapié inicial de la normativa específica de represión de las prácticas anticompetitivas.

(11) Así, los casos “Trans-Missouri Freight Assoc.” (1897) sobre prohibición de acuerdos de precios, “Addyston Pipe” (1898) sobre restricciones *per se* de ciertas conductas, o el resonado caso “Standard Oil” (1911) sobre prácticas unilaterales y exclusorias de competidores.

(12) Es importante tener en cuenta que el contexto del desarrollo de este modelo de política de defensa de la competencia tuvo en mira el proceso de integración europeo. Los países signatarios de tales tratados tuvieron como propósito no solo promover la política competitiva en los países miembros sino propender a la integración de los mismos. Así es como adicionalmente a las autoridades locales de defensa de la competencia de cada Estado miembro que contase con legislación pertinente en su derecho interno, se designa a la Comisión Europea (CE) como autoridad encargada de velar por el cumplimiento de estos artículos del Tratado mediante un procedimiento administrativo de investigación, consultas particulares o generales, y dictámenes o resoluciones vinculantes. Las decisiones de la CE son

de la creación de agencias administrativas como autoridad de aplicación de las leyes de competencia con especialidad, recursos y personal idóneo en la materia ha sido la nota distintiva. Hay distintos factores que se pueden esbozar para dar explicación a este fenómeno. Por un lado, la diferente tradición normativa entre los países del *common law*, respecto de los países que siguen el desarrollo de la tradición del derecho romano justiniano(13). Por otro lado, el Siglo XX marcó el desarrollo de agencias regulatorias dentro del ámbito del poder ejecutivo como una característica propia de la distribución y división de poderes de las democracias republicanas(14). Así los tribunales de justicia en materia de defensa de la competencia han permanecido en un rol más confinado al control de los actos de las agencias gubernamentales para garantizar la legalidad, el cumplimiento de la regla del debido proceso y las libertades y derechos de las personas frente a la actuación estatal(15).

II.3. El modelo institucional chileno

Un ejemplo interesante es el modelo que podríamos denominar híbrido o de doble agencia que ha representado la experiencia de Chile(16).

pasibles de revisión judicial ante los tribunales de la Unión Europea.

(13) En la tradición del *common law* los jueces tienen un rol importante “creando normas” mediante un proceso inductivo del dictado de fallos como precedentes vinculantes para decisiones futuras, en tanto que la tradición del derecho continental, los jueces tienen por rol dictar sus fallos mediante un proceso lógico deductivo de la norma general aplicando la misma en el caso particular sometido a su decisión.

(14) En efecto, esto resulta aplicable al propio modelo institucional de la defensa de la competencia en los EE.UU. que con la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (1914) estableció que esta sería autoridad de aplicación de las Ley Sherman y la ley coetáneamente sancionada Ley Clayton (1914) que completaba la anterior con definiciones sobre ciertas prácticas prohibidas. En tanto, y como señalamos, en el modelo Europeo conforme el Tratado de Roma (1958) se crea directamente la propia Comisión Europea a la que se asigna el rol de autoridad de aplicación de los arts. 81 y siguientes correspondientes a la problemática de competencia.

(15) DE LEÓN, Ignacio, *An Institutional...*, cit.

(16) Decimos híbrido toda vez que las dos agencias que intervienen en el proceso no actúan en paralelo sino dentro de un mismo proceso y que una depende de la administración de gobierno y otra de la Corte Suprema

Sin perjuicio de los precedentes entonces existentes, a partir del dictado de la ley 1911/2004 se crean las bases del sistema institucional dual en Chile (17): (a) la Fiscalía Nacional Económica (FNE), una agencia a cargo de investigar y fiscalizar, y (b) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), un órgano sancionador independiente con facultades jurisdiccionales.

El TDLC es un órgano jurisdiccional especial e independiente cuya función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. El TDLC está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Conforman el TDLC cinco miembros: (i) un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes y (ii) cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post-gradúos en ciencias económicas (18).

de Justicia. En el modelo de EE.UU. las dos “agencias” que intervienen son la Comisión Federal de Comercio (FTC) y la División de Antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ) y ambas se encuentran en el ámbito de la administración de gobierno. El FTC y el DOJ actúan en paralelo en esta instancia administrativa y tratan de no solapar en la investigación de los casos evitando interferir en un asunto que ya se encuentre en estudio en la otra agencia.

(17) La legislación en materia de competencia en Chile encuentra sus antecedentes de una larga tradición, sin embargo no es sino a partir desde 1973, con la promulgación del dec.-ley 211, que la ley define la creación de un sistema de defensa de la competencia propiamente. Este fue el primer cuerpo normativo destinado exclusivamente a temas de competencia. Esta ley estableció normas para defensa de la libre competencia en las actividades económicas, considerando sanciones tanto administrativas como criminales y un sistema tripartito conformado por las Comisiones Preventivas, a cargo de responder consultas; la Comisión Resolutiva, a cargo de resolver conflictos; y la FNE, responsable de investigar y fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones que estos organismos dictaban, respectivamente.

(18) Dos integrantes, uno de cada área profesional, son designados por el Consejo del Banco Central y los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, son designados por el presidente de la República.

Las competencias principales del TDLC son (i) conocer a solicitud de parte o del FNE las situaciones que pudiesen ser infracciones a las normas de competencia así como los asuntos no contenciosos que pudiesen infringir dichas normas; (ii) establecer multas, modificaciones de contratos, disolución de personas jurídicas, prohibición para contratar con el Estado (iii) dictar instrucciones de carácter general conforme a la ley; (iv) proponer el dictado de normas para promover la libre competencia así como la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia; y (v) substanciar las operaciones de concentración, cuando estas hubieren sido prohibidas por el FNE.

La Corte Suprema de Chile tiene a su cargo resolver sobre todo recurso interpuesto contra una resolución del TDLC. La revisión está a cargo de la Tercera Sala de la Corte que resuelve sobre cuestiones de contencioso administrativo. Es la última instancia con facultades de revisión amplia.

La FNE (19) es una agencia descentralizada a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico (Fiscal), que es nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos. El candidato a Fiscal debe acreditar título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio.

El Fiscal tiene a su cargo, entre otras cuestiones: (i) investigar aquellas acciones que pudiesen constituir infracciones a las normas de competencia; (ii) actuar ante tribunales como parte representando el interés público econó-

(19) La FNE cuenta con una estructura interna que comprende un subfiscal nacional y diversas divisiones operativas, tales como, (i) Anti-carteles, investigaciones por acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, (ii) Antimonopolios, investiga principalmente las conductas de abuso de posición dominante, conductas predatorias, de competencia desleal, *interlocking*, las restricciones verticales y los acuerdos de cooperación entre competidores, (iii) Estudios de Mercado o evolución competitiva de los mercados, (iv) Fusiones para realizar el control preventivo de las operaciones de concentración, (v) Litigios que representa a la FNE ante el TDLC y demás instancias jurisdiccionales.

mico; (iii) solicitar al TDLC medidas preventivas/cautelares; (iv) controlar el cumplimiento de la ley como de los fallos, decisiones, dictámenes que dicte el TDLC; etc. En situaciones especiales puede solicitar con autorización del TDLC para allanar; registrar e incautar toda documentación y objetos que permitan acreditar el incumplimiento a la ley; autorizar la intercepción de toda clase de comunicaciones.

Conforme señala Felipe Irrarázabal Philippi, la característica principal del diseño institucional para la defensa de la competencia en Chile es el fortalecimiento pleno de la garantía del debido proceso (20).

Así, en el procedimiento ante la FNE en materia de investigación de cárteles y abusos de posición dominante, el Fiscal goza de (i) Potestad discrecional en la selección de los casos, (ii) Investigación desformalizada, (iii) Posibilidad de contar con abogados durante las declaraciones grabadas ante la FNE, (iv) FNE no tiene monopolio de la acción, (v) Obligación de actuar dentro de la competencia de sus facultades, (vi) Obligación de dar noticia al afectado de sus investigaciones, (vii) Obligación de guardar reserva de información confidencial, (viii) Posibilidad de acceso al expediente, con resguardo de la confidencialidad.

En tanto que respecto de los casos de operaciones de concentración económica, la FNE debe actuar con plazos acotados: 30 y 90 días. Además, el (i) Notificante tiene derecho a que se le informe sobre el curso de la investigación, (ii) Derecho a la confidencialidad, (iii) Derecho a que se le informe de riesgos de la operación, (iv) Derecho a ser oído, proponer diligencias, ofrecer medidas remediales, (v) Derecho a apelar ante el TDLC por una prohibición y (vi) Derecho a recurrir a la Corte Suprema por alguna medida no ofrecida por el notificante.

En resumen, el diseño institucional chileno que establece la separación funcional de la agencia que tiene a su cargo la investigación o instrucción de las violaciones a la libre com-

petencia respecto de quien tiene a su cargo la resolución del caso dentro del marco de un procedimiento acusatorio fortalece la garantía del debido proceso.

III. Antecedentes normativos en Argentina

En nuestro país existe normativa de defensa de la competencia desde hace casi un siglo. Desde un comienzo la normativa antimonopolio o de represión de prácticas anticompetitivas siguió el modelo y tipificación de conductas desarrollado por la legislación de los EE.UU. La primera ley sancionada en Argentina fue la ley 11.210 (21) que data del año 1923 y rigió por aproximadamente 24 años hasta que fue sancionada la ley 12.906 (22). Ambas leyes se caracterizaban por establecer una Secretaría del Estado como autoridad de aplicación. Tal fue el caso de la ex Secretaría de Comercio e Industria, que contaba con competencias distintas y variadas con perjuicio de incumbencia y especialización en la materia, y que las sanciones que la misma estableciese eran objeto de recurso directo ante la Justicia Penal de la Nación. Otro común denominador de ambas leyes, y en parte el efecto de este diseño institucional, fue que se caracterizaron por tener escasa o nula eficacia en la represión de conductas anticompetitivas por no contar la autoridad de aplicación, con los medios ni la capacidad técnica suficiente (23).

En el año 1980 se sancionó la ley 22.262 y representó un cambio importante en la estructura de la defensa de la competencia en Ar-

(21) En efecto, la ley 11.210 de año 1923 reprimía el monopolio y penaba ciertas conductas que restringiesen la libre competencia o implicaran “un aumento en las ganancias del empresario que no fuera acorde con el capital invertido ni fundado en aportes económicos o técnicos que pudieran justificarlos”.

(22) Esta nueva normativa, entre otras cosas (i) identificó ciertas conductas prohibidas, y (ii) mediante el dec. regl. 5428, se creaba un procedimiento administrativo para sanciones en el ámbito de la secretaria del área.

(23) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Defensa antimonopolio y defensa de la competencia*, Heliasta, ps. 88 a 95 y CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, ps. 41 a 50. En rigor, la ley 12.906 en casi 35 años de vigencia solo registra dos casos de sanción de prácticas prohibidas que fueran convalidadas por la justicia.

(20) IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe, “Debido proceso y confidencialidad en libre competencia. El modelo chileno”, presentación en Foro Competencia, Buenos Aires, 3/11/2017. Irrarázabal se ha desempeñado como fiscal nacional económico ininterrumpidamente desde 2010.

gentina dado a que la normativa se apartó del modelo Estadounidense de la Ley Sherman y paso a seguir el modelo europeo establecido por el Tratado de Roma que condujo al establecimiento del mercado común. Así, se definió con mayor precisión aquellas prácticas que se reputaban prohibidas incluido el abuso de la posición dominante y se estableció un procedimiento administrativo previo para el dictado de sanciones por violación de tales prácticas. Para el desarrollo de ese procedimiento previo se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) como organismo técnico dependiente de la Secretaría de Estado que se estableciese como autoridad de aplicación de la ley en el ámbito del Ministerio de Economía.

En el año 1999 se sancionó la ley 25.156 y se completó un proceso de evolución del diseño institucional para la defensa de la competencia tendiente a la especialización, colegiación e independencia mediante la creación de un tribunal administrativo independiente con miembros designados a través de concurso de antecedentes y oposición. Conforme su art. 17 de la ley 25.156, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia sería su autoridad de aplicación. La estructura de identificación de las conductas prohibidas siguió el modelo de la ley anterior y se mantuvo de manera transitoria a la CNDC como órgano para entender en las causas que se desarrollasen hasta la constitución y puesta en funcionamiento de dicho Tribunal. Finalmente, mediante el dec. PEN 20/1999 y el dec. PEN 89/2001 reglamentario de la ley 25.156 se cerraba desde el punto de vista normativo el círculo del nuevo diseño institucional de la defensa de la competencia en nuestro país. En efecto, mediante la creación de la Secretaría de Competencia y la atribución de las facultades necesarias para ser parte en los procedimientos ante el Tribunal (entre otras, realizar investigaciones, efectuar denuncias, ofrecer y producir pruebas en los procesos ante el Tribunal), se escindían los roles de fiscal y juzgador sobre las cuestiones de defensa de la competencia sometidas ante el tribunal administrativo.

Este sistema de la “doble agencia”, como lo denominaba el dictamen de la SDCC (24) que

(24) Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor.

acompañaba a la propia reglamentación (25), presentaba las siguientes ventajas: (a) se propendía a limitar la discrecionalidad de una única agencia (26), (b) se introducía un elemento de balances y contrapesos en el sistema, distinguiendo entre quien presenta e impulsa denuncias de quien las juzga y resuelve (27), (c) se minimizaba el riesgo de captura por parte de los grupos de interés (28) y (d) se promovía la competencia entre las agencias limitando la posibilidad de ejercicio discrecional de la decisión por cada una de ellas, todo ello con beneficio para el sistema en general.

Sin embargo, el diseño normativo en plenitud nunca llegó a plasmarse debido a que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia nunca fue constituido. Las vicisitudes políticas, crisis económicas, debilidades políticas en algún caso, visiones contrarias en otro y la aversión a la racionalidad y limitación de algunos funcionarios políticos del área económica impidieron que las virtudes o deficiencias del diseño institucional creado se pusieran en práctica y fueran objeto de comprobación empírica.

En efecto, en el año 2014 se sancionó la ley 26.993 que eliminó al Tribunal y atribuyó el rol de autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, por la vía de delegación, a

(25) Más similar al sistema de dos agencias como era el empleado en Inglaterra, Australia o Chile, pues ambas actúan en un mismo procedimiento, a diferencia del sistema de dos agencias como el de los Estados Unidos de América (la *Federal Trade Comisión* y el *Antitrust Division del Department of Justice*) donde cuentan con facultades concurrentes.

(26) El balance debía producirse entre los desincentivos a la discrecionalidad y la arbitrariedad que la existencia de agencias paralelas independientes tiende a provocar con los mayores costos de transacción que la multiplicación de controles superpuestos puede generar.

(27) A diferencia del modelo anteriormente vigente que hacía del denunciado y del denunciante actores pasivos de un procedimiento “secreto” del que los mismos tenían conocimiento mediante la notificación de la imposición de una multa o del rechazo de su denuncia con poca o ninguna “chance” de participar defendiéndose o impulsando el proceso.

(28) El sistema de control recíproco entre las distintas partes del proceso y de dos agencias estatales (una Secretaría de Estado y un tribunal administrativo independiente) disminuye los incentivos a la captura.

quien determine el Poder Ejecutivo y a la sazón, el Secretario de Comercio de la Nación quedó investido de tal rol. La decisión había sido tomada a contramano de todo modelo vigente en países con diseños institucionales vigorosos, tales como, los EE.UU., Unión Europea y sus países miembros; como tampoco en los países de la región (Brasil, Chile, Colombia, México, Perú, etc.) puede encontrarse un modelo institucional como el establecido por la ley 26.993. En todos estos países las agencias de defensa de la competencia son organismos colegiados, interdisciplinarios y con grados relativos de independencia. En algunos casos tienen funciones específicas exclusivamente en materia de defensa de la competencia y en aquellos casos en que también tienen a su cargo otras competencias en materia económica, las mismas tienen próxima relación con las cuestiones de defensa de la competencia.

Es cierto que desde el año 1999 la constitución y puesta en funcionamiento del TNDC estaba pendiente y sin perjuicio de que las disposiciones del art. 58 de la ley 25.156 y la práctica desarrollada le habían asignado el rol de agencia transitoria a la CNDC, la discusión de cuál era la autoridad de aplicación de la ley venía siendo cuestionada en varios fallos judiciales (29). Ello había generado el cuestionamiento y revisión judicial del otorgamiento de medidas asegurativas o cautelares (30) en el marco del art. 35 de la ley 25.156 sea que las mismas estuvieran otorgadas exclusivamente por la CNDC o que fueran también suscriptas por el Secretario de Comercio (31). Es más, durante los últi-

(29) Entre otros, "Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c. Estado Nacional", S.C., B 1626, L.XLII; "Cencosud SA s/apelación resolución Comisión Nac. de Defensa de la Competencia", S.C., C.73, L.XLVIII.

(30) Ver CS, autos "Farmacity SA s/apelación de resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", C. 1277/2013.

(31) En este sentido ver GUSMÁN, Alfredo S., "Medidas preventivas en defensa de la competencia", AR/DOC/1409/2014; dictamen 87/2011 de fecha 10 de junio, en autos "Editorial Sarmiento SA s/solicitud de intervención de la CNDC" (C. 1387); dictamen 122/2011 de fecha 18 de agosto, en autos "Fox Sport Latin América SA s/infracción ley 25.156" (C. 1397); dictamen 209/2011 de fecha 7 de diciembre, en autos "Relojería Cotax s/solicitud de intervención" (C. 1398); dictamen 6/2012 de fecha 26 de enero, en autos "YPF SA, Shell Compañía

mos años previos a la sanción de la ley 26.993 y también a través de diversos y numerosos fallos judiciales que reclamaban la constitución del TNDC la operatividad de las decisiones en materia de defensa de la competencia se encontraba en jaque (32).

Sin embargo, fuera de la mora en la constitución del tribunal no había sectores políticos, económicos ni expertos en el área que reclamasen la eliminación del mismo. Fue así de manera sorpresiva que el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo proponía la eliminación del TNDC y que la Secretaría de Comercio fuese designada la autoridad de aplicación de la ley. Esta decisión de eliminar el TNDC rompió con los consensos políticos alcanzados en su oportunidad para la sanción de la ley 25.156 (33) y estaba yendo a contramano de varios proyectos que contaban con estado parlamentario, o que habían sido presentados entonces, sobre el mantenimiento del TNDC y la creación de una fiscalía de competencia en el ámbito del Ministerio de Economía (34). Es más, ni en las exposiciones de los legisladores de ambas Cámaras del Congreso, ni en las sesiones de debate en las distintas comisiones de la Cámara de Diputados se registraron argumentos a favor de la

Argentina de Petróleo SA, ESSO Petrolera Argentina SRL, Petrobras Energía SA y OIL Combustibles SA s/infracción ley 25.156" (C. 1419); dictamen 17/2012 de fecha 12 de marzo, en autos "Repsol YPF SA, Shell Compañía Argentina de Petróleo SA y EXXON Mobile de Argentina SA s/infracción ley 25.156 (C. 1426); dictamen 538/2010 de fecha 16 de diciembre, en autos "Boldt SA y Ciccone Calcográfica SA s/notificación art. 8º ley 25.156" (Conc. 847), que dispuso el cese de los efectos del contrato de arrendamiento celebrado entre Boldt y Ciccone.

(32) CNPenal Económico, sala B, 19/5/2014, *in re* "Relojería Cotax"; 12/7/2013, *in re* "Pfizer"; 28/6/2013, *in re* "Shell", etc. Desde hace más de 5 años por pedido de distintos tribunales federales le indicaban a la CS que por su intermedio se solicitase al PEN que pusiera en funcionamiento del TNDC.

(33) Ver los debates parlamentarios diputados Gabrielli, Dumond, Flores e Isequilla. Igualmente en el Senado los senadores León, Romero Feris, Avelín y Maglietti.

(34) Diversos proyectos de diputados de diferentes bancadas venían solicitando la constitución del TNDC. La mayoría de ellos propuestos o apoyados por legisladores del oficialismo. Ver: <http://www.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=157032>; <http://www.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=164444>; <http://www.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=162143>.

derogación de TNDC (35) (al menos que nosotros hayamos podido tomar conocimiento). Lo cierto es que como siguiendo un principio de inercia mental el proyecto llegó del Poder Ejecutivo con esa disposición y así fue finalmente sancionado.

Ello constituyó un nefasto retroceso en el diseño institucional de la defensa de la competencia en Argentina, objeto de crítica de diferentes sectores académicos, profesionales, empresarios, de asociaciones de defensa de consumidores y grupos de interés (36).

Tanto la especialidad en materia de cuestiones sobre el funcionamiento de los mercados, las prácticas restrictivas de la competencia como la colaboración interdisciplinaria entre profesionales de la economía y el derecho han contribuido al fortalecimiento de las agencias de competencia y les han permitido alcanzar un resultado neto positivo a través de sus decisiones en términos de legitimidad, consenso y ventajas para el correcto funcionamiento de los mercados. Asimismo, la conveniencia de operar con independencia del poder político de turno le permite a la agencia autonomía operativa e inter-temporalidad en sus estudios sobre la estructura de los mercados y en las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia de modo que permite mejorar la calidad técnica de los trabajos que la misma lleva a cabo. Esta es una posición de abrumador consenso entre especialistas y expertos en cuestiones de defensa de la competencia tanto en Argentina

(35) Junto a otros economistas y abogados fuimos invitados a participar y exponer en oportunidad de los debates de las diferentes comisiones de trabajo en la Cámara de Diputados de la Nación donde tuvimos la oportunidad de expresar este punto de vista de rechazo al proyecto. Tanto en la reunión de las comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia, como en la reunión plenaria conjunta con las Comisiones de Asuntos Constitucionales, Comercio, Defensa del Consumidor, Justicia y Presupuesto y Hacienda celebrada el día martes 16/9/2014 se pudieron escuchar diferentes opiniones de rechazo al cambio de la autoridad de aplicación de la LDC.

(36) DE DIOS, Miguel Ángel, "Un paso en falso en el diseño institucional para la defensa de la competencia", 14/5/2015, IJ Editores, IJ-LXXVII-977, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?id sitio=1&idarticulo=74977>.

como en el exterior (37). Pero no es esta conclusión una mera formulación académica o dogmática. Esto es abonado en nuestra práctica por la opinión de los agentes del mercado y por la experiencia de la defensa de la competencia en las últimas décadas (38). Era una carga de déficit institucional importante y un desafío para el nuevo gobierno al asumir el 10 de diciembre de 2015 el reconstruir la agencia de competencia en la Argentina (39).

Fue una muy buena señal cuando la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia inició un proceso de consulta y revisión de un anteproyecto de reforma de la ley, que permitió a expertos académicos y profesionales, asociaciones, instituciones y agencias nacionales e internacionales sugerir ideas y proponer cambios al anteproyecto (40). Luego, en oportunidad de convertirse en un proyecto de ley para su discusión en el parlamento, el anteproyecto fue enriquecido con el aporte de otros proyectos de legisladores que venían trabajando en la modificación de norma (41). Finalmente, luego de su aprobación por la Cámara de Diputados en diciembre de 2017, su revisión parcial por

(37) Sobre literatura económica o jurídica más específica puede consultarse, entre otros trabajos, VISCUSI, W. KIP - HARRINGTON, Joseph - VERNON, John, *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 2005; KOVACIC, William E., "Institutional Design...", cit. y DE LEÓN, Ignacio, *An Institutional...*, cit.

(38) Ver ob. cit. nota 35 y 36 anteriores.

(39) DE DIOS, Miguel Ángel, "Cuestiones institucionales que quedan pendientes", 27/11/2015, disponible en: <https://www.cronista.com/columnistas/Cuestiones-institucionales-que-quedan-pendientes-20151127-0037.html>.

(40) DE DIOS, Miguel Ángel, "Cambios en defensa de la competencia", *Clarín* del 18/9/2016, Economía, disponible en: https://www.clarin.com/economia/Cambios-Defensa-Competencia_0_BJzOwOdPme.

(41) La titular de la Coalición Cívica, Elisa Carrió, junto al jefe del interbloque Cambiemos, Mario Negri, presentaron el 27/9/2016 un proyecto consensuado para reformar la Ley de Defensa de la Competencia. El proyecto fue apoyado además por funcionarios oficialistas como el vicejefe de Gabinete, Mario Quintana, el ministro de Producción, Francisco Cabrera, y el presidente del bloque de diputados del PRO, Nicolás Massot. Ver: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cambios-presento-un-proyecto-para-reformar-la-ley-de-defensa-de-la-competencia>.

el Senado, fue definitivamente aprobado en la sesión de Diputados del 9 de mayo pasado (42).

IV. Ley 27.442

Mediante el dec. PEN 451/2018 se promulgó la ley 27.442 (“LDC”). El Capítulo IV de la ley comprende la normativa vinculada a su autoridad de aplicación.

IV.1. La Autoridad Nacional de Competencia (ANC)

Así se crea la denominada Autoridad Nacional de Competencia (“ANC”) como un organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de la LDC.

La ANC estará compuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (“SICA”) y la Secretaría de Concentraciones Económicas (“SCE”). Serán miembros de la ANC el Presidente más cuatro vocales integrantes del TDC y los dos Secretarios cada uno a cargo de la SICA y la SCE respectivamente. El Presidente del TDC ejercerá la presidencia, la representación legal y la función administrativa de la ANC, pudiendo efectuar las contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando su trabajo y remuneración.

La ANC tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, contará con patrimonio propio de acuerdo con los bienes que se le transfieran y los que adquiera en el futuro por cualquier título. Tendrá su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pero podrá actuar, constituirse y sesionar en cualquier lugar del territorio nacional.

La LDC regresa a un sano principio de selección de los miembros de la ANC, estableciendo requisitos de idoneidad y experiencia en la materia, y la celebración de un concurso pú-

blico de oposición y antecedentes. El concurso público se llevará a cabo ante un jurado compuesto por dos funcionarios políticos (uno será el Ministro de Producción, quien presidirá el Jurado y el otro será el Procurador del Tesoro de la Nación) y dos académicos (representantes de la Academia Nacional de Derecho y la Asociación Argentina de Economía Política respectivamente). Los postulantes deberán acompañar todos los certificados académicos y demás documentos pertinentes para acreditar sus antecedentes, información que quedará disponible para la evaluación y eventual impugnación de los mismos por parte de terceros interesados. El jurado deberá seleccionar una terna para cada uno de los cargos a cubrir y las decisiones del mismo se tomarán por mayoría simple de votos y en caso de empate decidirá el voto del Ministro de Producción. Dicha terna de candidatos será puesta a disposición de la Oficina Anticorrupción a fin de que el organismo pueda realizar un informe de los candidatos propuestos. Finalmente, la terna junto con su informe se remitirá al Poder Ejecutivo Nacional quien seleccionará los candidatos para cubrir los cargos vacantes. El Poder Ejecutivo deberá publicar en el Boletín Oficial y en dos diarios de mayor circulación nacional el nombre, apellido y antecedentes de las personas seleccionadas y comunicar su decisión al Senado. A partir de dicha publicación y por el plazo de 15 días, los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de consumidores y usuarios, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán presentar al Ministerio de Producción y al Senado las observaciones que consideren de interés expresar con relación a los candidatos. Finalmente, la designación de los miembros propuestos por el Poder Ejecutivo deberá contar con el acuerdo del Senado.

El procedimiento para la selección de los miembros de la ANC ha buscado producir un equilibrio entre la incumbencia técnica, la probidad ética y la participación pública de ciudadanos y otros terceros interesados durante la designación por los órganos políticos como el Poder Ejecutivo nacional con el acuerdo previo del Senado de la Nación.

Los miembros de la ANC durarán en sus funciones por un período de 5 años. Se les exige

(42) Tras las modificaciones al proyecto incorporados en Cámara de Diputados votados favorablemente el pasado 18/4/2018, la Cámara de Diputados, mediante el voto positivo de 163 de sus miembros, sancionó la ley 27.442 con fecha 9/5/2018.

dedicación exclusiva en la función (excluida la actividad docente) y se fijan condiciones para evitar incompatibilidades y conflictos de interés con causales de excusación de acuerdo con lo establecido en el art. 17 del Cód. Proc. Civ. y Com. También, los miembros de la ANC deberán abstenerse de participar en aquellos casos que con alguna de las personas jurídicas objeto de investigación durante los últimos tres años hayan tenido participación económica o dependencia laboral.

Para fortalecer la transparencia en la composición de los integrantes de la ANC, durante el proceso mismo de selección, los candidatos deberán presentar una declaración jurada de bienes propios, los del cónyuge y/o convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y demás previsiones del art. 6º de la ley 25.188 de Ética Pública. Asimismo, para despejar posibles incompatibilidades o conflictos de interés, los candidatos también deberán revelar las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren, o hayan integrado en los últimos 5 años, la nómina de clientes o contratistas en el marco permitido por las normas de ética profesional vigentes, los estudios de abogados, contables o de asesoramiento a los que pertenecieron según corresponda. Finalmente, la ley les exige hacer conocer cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, de su cónyuge, de ascendientes y descendientes en primer grado. La Oficina Anticorrupción deberá realizar un informe previo a la designación del candidato con base en la información que los mismos hubieran realizado.

Los miembros de la ANC cesarán de pleno derecho en sus funciones en caso de renuncia, vencimiento de su mandato, fallecimiento o remoción. Las causales de remoción son (a) mal desempeño en sus funciones, (b) negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos, (c) incapacidad sobreviniente, (d) condena por delito doloso (43), (e) violaciones de las normas de incompatibilidad o (f) no ex-

cusarse cuando hubiera un conflicto de interés de los establecidos en la ley.

Para evitar que la remoción de los miembros de la ANC esté a un “simple tiro de decreto” del Poder Ejecutivo, se ha creado un procedimiento similar a otras remociones de funcionarios de organismos descentralizados del gobierno nacional. En efecto, el Poder Ejecutivo podrá remover a cualquiera de los miembros cuando mediaren las causales descriptas en el párrafo anterior pero deberá contar con el dictamen previo no vinculante de una comisión *ad hoc* integrada por los presidentes de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y del Honorable Senado de la Nación y los presidentes de las comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados y de Industria y Comercio del Senado. En caso de empate el Presidente de la Cámara de Diputados tendrá doble voto.

IV.2. El Tribunal de Defensa de la Competencia

La composición del TDC persigue dar cumplimiento a los principios de colegiación e interdisciplina de las agencias reguladoras de la competencia. Así es que el TDC estará compuesto por 5 miembros, de los cuales al menos 2 deberán ser abogados y otros 2 deberán contar con título de grado o superior en ciencias económicas. En este sentido, la LDC recoge las prácticas de las agencias de defensa de la competencia más vigorosas y destacadas en el mundo.

Las funciones y facultades con que cuenta el TDC son sustancialmente las mismas que disponían los precedentes normativos para la agencia que resultara autoridad de aplicación de las leyes de competencia precedentes.

Así es que tendrá a su cargo tres cuestiones principales, a saber: (a) imponer las sanciones establecidas en la ley así como otorgar los beneficios de exención y/o reducción de las mismas con relación a al régimen de clemencia que se instaure, (b) resolver sobre operaciones de concentración económica, tanto sea la aprobación de la misma, la subordinación de tal aprobación a las condiciones que fije o bien el rechazo de tal operación, y (c) resolver sobre las imputaciones que pudiera corresponder a los presun-

(43) Cuando hubiera recaído auto de procesamiento firme por delito doloso, el miembro de la ANC será suspendido en sus funciones preventivamente y en forma inmediata hasta el momento en que se resuelva su situación procesal.

tos infractores del régimen de competencia al tiempo de la conclusión del sumario.

La LDC vuelve a establecer que el TDC podrá propiciar soluciones consensuadas. Esta facultad presente en las anteriores legislaciones, muchas veces controvertidas y de escasa práctica, tendrá en la nueva agencia el desafío de encontrar contenido (44).

En cuanto al desarrollo del procedimiento, el TDC tendrá a su cargo las cuestiones vinculadas con la admisibilidad y denegación de prueba así como la clausura del período de prueba y la disposición de los autos para alegar. Podrá asimismo suspender los plazos procesales establecidos en la ley por resolución fundada. Cuando lo considere pertinente podrá promover e instar acciones ante la Justicia para lo cual designará representante legal al efecto (45). Tendrá amplias facultades para realizar todo acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, incluido, convocar a audiencias públicas y dar intervención a terceros como parte coadyuvante en los procedimientos.

El TDC tendrá amplias facultades para actuar como “abogado” o “promotor” de la competencia realizando estudios e investigaciones de en materia de competencia que considere pertinentes. Podrá emitir opiniones en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamen-

tos, circulares y actos administrativos (opiniones de carácter no vinculante). También podrá emitir recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades competitivas en los mercados.

Para el mejor desarrollo de sus actividades el TDC podrá suscribir convenios con organismos públicos o con asociaciones de usuarios y consumidores para promoción de la participación de las asociaciones de la comunidad en la defensa de la competencia y transparencia de los mercados.

Para su organización interna y funcionamiento, el TDC elaborará su reglamento interno, y durante cada ejercicio anual formulará el presupuesto de la ANC y lo elevará al Poder Ejecutivo.

IV.3. La Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas

La SICA es el área de la ANC con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes relativos a la investigación de las conductas anticompetitivas establecidas en la ley.

La SICA estará a cargo de un secretario que contará con estructura orgánica, personal y recursos propios. Entre sus facultades y funciones podrá (a) recibir denuncias y conferir el traslado de aquellas denuncias que considere pertinente para que el denunciado presente sus explicaciones, así como, resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario en caso de no considerar satisfactorias las explicaciones presentadas, (b) citar y celebrar audiencias y/o careos de los presuntos responsables, denunciados, damnificados, testigos y peritos pudiendo contar el auxilio de la fuerza pública para llevar a cabo este cometido, (c) realizar pericias sobre libros, documentos y demás elementos conducentes en la investigación, (d) acceder a lugares para realizar inspecciones con el consentimiento del ocupante o mediante orden judicial, (e) solicitar el juez competente medidas cautelares, (f) producir prueba necesaria para el desarrollo de las actuaciones, (g) proponer imputaciones y sanciones al TDC y (h) opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros ante el TDC sobre cuestiones vinculadas a conductas anti-

(44) En efecto, las cuestiones de competencia tienen en mira la protección del interés económico general, sea cual sea la definición que el mismo tenga (la eficiencia económica, el equilibrio competitivo de los mercados, etc.). Así, ¿cuáles serían las cuestiones a consensuar entre partes? En un escenario de denuncias por prácticas anticompetitivas, ¿es posible “acordar” o “consensuar” entre las partes cuando el bien jurídico protegido de la ley no es preservado?

(45) La facultad de la agencia de poder establecer su propia representación legal para la defensa judicial de las cuestiones que les compete, incluida la defensa de su decisión en la instancia de apelación, constituye un avance importante respecto del régimen hasta entonces vigente. En efecto, la CNDC carecía de un servicio jurídico propio y debía recurrir al servicio jurídico del Ministerio de Economía. La experiencia de casi 40 años demostró las dificultades que encontró en innumerables casos la agencia para sostener sus dictámenes internos y defender con incumbencia técnica jurídico-económica sus decisiones antes las Cámaras Federales.

competitivas. Finalmente, gozará de aquellas facultades que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

IV.4. La Secretaría de Concentraciones Económicas

La SCE es el área de la ANC con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes sobre notificaciones de concentraciones económicas, diligencias preliminares y opiniones consultivas vinculadas a tales operaciones.

La SCE estará a cargo de un secretario de concentraciones económicas quien contará con una estructura orgánica, personal y recursos necesarios para el cumplimiento de sus tareas.

Así, entre sus facultades y funciones, la SCE podrá (a) recibir, tramitar e instruir las notificaciones sobre concentraciones económicas, opiniones consultivas sobre la procedencia u omisión de notificación de una operación de concentración económica, pudiendo inclusive autorizar aquellas operaciones que califiquen para ser evaluadas en un procedimiento sumario, (b) iniciar de oficio o recibir denuncias por omisiones a la presentación de una operación de concentración para su evaluación, (c) emitir opinión ante el TDC sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de una operación de concentración, (d) opinar sobre el planteo y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra decisiones del TDC vinculados a operaciones de concentración, y (e) demás facultades necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Finalmente, tanto el SICA como el SCE podrán dictar todos aquellos despachos pertinentes para el desarrollo, impulso y consecución de los expedientes a su cargo. Así podrán (i) recibir, agregar, proveer, contestar y despachar oficios, escritos, o cualquier otra documentación presentada por las partes o por terceros; (ii) efectuar pedidos de información y documentación a las partes o a terceros, observar o solicitar información adicional, suspendiendo los plazos cuando corresponda, (iii) dictar y notificar todo tipo de providencias simples, (iv) conceder o denegar vistas de los expedientes en trámite, y resolver de oficio o a pedido de parte la confidencialidad de documentación, (v) ordenar y realizar las pericias necesarias sobre libros, do-

cumentos y demás elementos conducentes de la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, (vi) propiciar soluciones consensuadas entre las partes, (vii) requerir al TDC la reserva de las actuaciones de los expedientes a su cargo.

V. El control judicial de las decisiones de la ANC

En cumplimiento con la regla constitucional del control judicial de las decisiones de las agencias gubernamentales o tribunales administrativos (46), la LDC mantiene la revisión judicial de las decisiones del TDC.

En efecto, son susceptibles de recurso de apelación las resoluciones dictadas por el TDC que ordenen (a) La aplicación de las sanciones; (b) El cese o la abstención de una conducta; (c) La oposición o condicionamiento de una operación de concentración; (d) La desestimación de una denuncia; (e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al régimen de clemencia; y, (f) Las resoluciones emitidas sobre medidas remediales temporarias para evitar la lesiones al régimen de competencia.

El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el TDC dentro de los quince días hábiles de notificada la resolución. El TDC deberá elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido.

Las apelaciones tramitarán ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, que bajo la LDC, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. La LDC viene así a resolver una cuestión compleja en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de acuerdo con las disposiciones de los precedentes normativos que habían fluctuado entre distintas Cámaras Federales (47).

(46) Cfr. doctrina de la CS, 19/9/1960, "Fernández Arias c. Poggio", Fallos 247:646 y 201:428, 207:90, 310:2159, 311:334, 321:776, entre muchos otros.

(47) Durante la vigencia de la ley 22.262 el tribunal competente era la Cámara Nacional en lo Penal Económico (CN Penal Económico). La sanción de la ley 25.156 en el art. 53 había establecido que en el ámbito de la

La apelación de las multas se otorgará con efecto suspensivo, previa acreditación de un seguro de caución sobre la sanción correspondiente. Esta modificación apunta a resolver el problema constitucional generado por la disposición de la ley 26.993 que requería acreditar el depósito en pago previo para que pueda prosperar el tratamiento de su apelación de las multas establecidas por la autoridad aplicación de la ley de defensa de la competencia. Numerosos fallos habían declarado inconstitucional tal disposición (48). Solo en el caso de que la SICA considere que pudiera estar en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a posible insolvencia del sancionado, podrá requerir su

pago en los términos del art. 16 de la ley 26.854 de medidas cautelares. También se concederán las apelaciones de medidas precautorias con efecto devolutivo porque está en riesgo el inmediato daño al régimen de competencia. Las restantes medidas dispuestas por el TDC serán pasibles de apelación con efecto suspensivo.

V. Conclusión

El nuevo diseño institucional es un avance importante para la constitución de una agencia vigorosa. Como resulta en el presente trabajo, el nuevo régimen establecido por la ley 27.442 va en la dirección correcta al propender a la constitución de una agencia de defensa de la competencia que sea independiente y que cuente con recursos propios para que le permita tomar decisiones autónomamente y en condiciones de ejecutar por sí tales decisiones. Este modelo institucional es el que aconseja la academia, sea en el campo del derecho, como de la economía y la ciencia política, así como también los organismos internacionales más destacados y la experiencia comparada. Que la ANC sea colegiada e interdisciplinaria es también una nota correcta, la interacción entre expertos en derecho y en economía ha probado ser beneficiosa. La creación del tribunal y las secretarías con división funcional y áreas de incumbencia propias para que actúen en el proceso de investigación y al momento de resolver en la instancia administrativa, es conveniente teniendo en vista el fortalecimiento de la garantía del debido proceso.

Es importante que estas acertadas modificaciones normativas se consoliden en el establecimiento pleno de esta nueva agencia sin prisa pero sin pausa. La experiencia de la ley 25.156 demuestra que la demora coyuntural en la constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y, la sazón, la puesta en función plena del diseño institucional previsto puede llevar a que el mismo nunca llegue a establecerse.

Una vez constituida la ANC, el gran desafío de la agencia será llevar adelante una práctica técnicamente sólida, vigorosa y eficaz de la defensa de la regla de la competencia que fortalezca la competitividad de los agentes del mercado, remueva barreras distorsivas, contri-

Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) era competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.) y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. Sin embargo, al promulgarla el Poder Ejecutivo había vetado parcialmente ese artículo de modo que la redacción quedó "la Cámara Federal que corresponda" y la Reglamentación de la LDC mediante el dec. 89/2001 había asignado la competencia en el ámbito de la CABA a la Cámara Federal en lo Civil y Comercial (CNFed. Civ. y Com.). En un primer momento, la CNDC a través del Ministerio de Economía, remitía las actuaciones correspondientes a la ley 22.262 a la CNPenal Económico y las causas generadas a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.156 a la CNFed. Civ. y Com. Sin embargo, más recientemente y saldada la cuestión de que la CNPenal Económico es una Cámara Federal para no entrar en contradicción con la manda de la ley 25.156 como había sido promulgada, la CNDC estaba remitiendo las actuaciones por vía de apelación ante la CNPenal Económico. En algunos casos se generaron conflictos positivos y en otros negativos de competencia entre las diferentes salas de ambas cámaras. En los años subsiguientes, todas las salas de ambas cámaras se habían considerado competentes por aplicación estricta de la ley 25.156 (para las salas de la CNPenal Económico) o del decreto reglamentario (para las salas del CNFed. Civ. y Com.).

(48) CS, Fallos 155:96; 261:101; 278:188; 280:314; 287:101; 307:1753; SC Buenos Aires, AR/JUR/81814/2012: "Si el acceso a la vía jurisdiccional de control habilita con la sanción ya consumada, como prevé el art. 42 de la ley provincial 11.477, ello vulnera las garantías constitucionales que aseguran un juicio con carácter previo a la condena, ya que el derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial resultaría posterior al cumplimiento de la pena [...] El hecho de que la multa revista naturaleza sancionatoria invalida los fundamentos que de ordinario se alegan para justificar la exigencia del pago previo respecto de las obligaciones tributarias de dar sumas de dinero"; C5ªTrab. Mendoza, AR/JUR/36752/2009.

buya a generar una cultura de competencia y propenda al mejoramiento del bienestar de los consumidores.

Es sabido que el fortalecimiento de la competitividad de la economía y la defensa de los inte-

reses de los consumidores es una manda constitucional, así como una condición necesaria para el progreso económico y una contribución a combatir la inequidad distributiva endémica de la Argentina. Es auspicioso descubrir que el péndulo normativo regresó al sendero correcto.

Lineamientos generales del diseño institucional de la Autoridad Nacional de la Competencia

JUAN CARLOS SANGUINETTI (*)

I. Introducción

A diferencia de lo ocurrido en muchos países de la región, en Argentina no han existido grandes avances en materia de defensa de la competencia durante los últimos quince años. Más aún, en el período 2007-2015 hemos experimentado un marcado retroceso, caracterizado por una creciente politización de las decisiones adoptadas en esta materia y la escasa aplicación de sanciones.

Si bien son diversos los factores que llevaron a esta situación, que recién comenzó a revertirse con el cambio de gobierno ocurrido a fines de 2015, resulta indudable que una de sus principales causas consiste en la inexistencia de una autoridad de aplicación independiente del poder político, que cuente con los recursos humanos y financieros necesarios para llevar adelante eficazmente las tareas a su cargo.

Es por ello que uno de los ejes centrales de la ley 27.442 (1), que aprobó el nuevo régimen de defensa de la competencia, es justamente la creación de una nueva autoridad de aplicación descentralizada —la Autoridad Nacional de la Competencia (“ANC”)— dotada de características tales que le permitan ejercer sus funciones

con mayor independencia, tanto técnica como económica.

A continuación, nos referiremos muy brevemente a los principios generalmente aceptados a nivel internacional en lo que respecta al diseño institucional de las autoridades de competencia, para luego analizar la evolución de nuestra legislación en esta materia y las características generales de la ANC, a la luz de lo dispuesto en la ley 27.442 y su reglamentación.

II. El diseño institucional de las autoridades de competencia

Desde hace ya varios años el diseño institucional de las autoridades de competencia es objeto de un intenso debate a nivel internacional, en tanto se ha tomado conciencia de que de tal diseño depende, en gran medida, el éxito de la legislación antitrust.

Un análisis pormenorizado de los distintos modelos existentes, y las propuestas que en esta materia ha efectuado la doctrina, excedería el objeto de este trabajo. Sin embargo, consideramos conveniente efectuar una breve síntesis de las conclusiones emergentes de las mesas redondas sobre “Cambios en el diseño institucional de las autoridades de competencia” organizadas por el Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de las cuales es posible extraer una serie de principios básicos que serán de utilidad al momento de evaluar las características generales de la nueva autoridad de aplicación creada por la ley 27.442.

(*) Abogado, graduado de la Universidad Católica Argentina. Cursó la Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina y el Programa Avanzado en Defensa de la Competencia de la Universidad Torcuato Di Tella. Es integrante del Estudio Cassagne Abogados.

(1) BO del 15/5/2018.

En el marco de estas reuniones —que tuvieron lugar en diciembre de 2014 y junio de 2015, y de las cuales participaron, entre otros, representantes de la Unión Europea, Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, España, Brasil y México (2)— se concluyó que no existe un modelo ideal en materia de diseño institucional de las autoridades de competencia que sea universalmente aplicable, dada la fuerte influencia que tiene en esta materia el contexto económico, social y legal de cada jurisdicción.

No obstante ello, en el documento final publicado por la OCDE se proponen, entre otras, las siguientes pautas a tener en consideración (3):

(i) la independencia de las autoridades de competencia respecto del gobierno es una característica altamente deseable, aunque una completa autonomía institucional podría conllevar ciertas dificultades;

(ii) la rendición de cuentas es un elemento clave para el funcionamiento de la autoridad, que puede incrementar la credibilidad del organismo;

(iii) contar con recursos financieros suficientes y autonomía es esencial para alcanzar efectivamente los objetivos perseguidos por las autoridades antitrust (4);

(iv) la creación de autoridades de aplicación “multifuncionales” —que tengan competencia no solo en materia antitrust, sino también en lo que respecta a defensa del consumidor y/o sectores regulados— puede brindar ciertos beneficios —como ser un mejor intercambio de

información, la combinación de experiencias complementarias y la reducción de costos administrativos—, pero también conlleva dificultades —tales como eventuales conflictos en la determinación de objetivos y prioridades, choque de distintas culturas internas y diferencias en el tipo de análisis legal y económico requerido en cada materia— (5); y

(v) si bien no existe un modelo ideal en lo relativo a la distribución de las competencias de investigación y juzgamiento (que en algunos países están concentradas en un mismo organismo y en otros son otorgadas a autoridades separadas), puede resultar ventajosa la adopción de medidas tendientes a incrementar la independencia y objetividad en la toma de decisiones (como, p. ej., la separación interna de las competencias mencionadas, la obligación de presentar informes anuales y la implementación de un sistema de control judicial efectivo).

En muchos otros trabajos publicados por la OCDE (6) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (7) se proponen pautas similares, especialmente en lo referido a la necesidad de que la autoridad de competencia sea independiente del poder político y esté obligada a rendir cuentas de sus actos.

(2) Todos los documentos vinculados con estas mesas redondas se encuentran disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>.

(3) OECD, Competition Committee, “Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design”, DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL, disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En).

(4) En el documento se señala, sin embargo, que el auto-financiamiento basado en las multas impuestas y el cobro de tasas conlleva ciertos riesgos, como ser la posible pérdida de imparcialidad al momento de calcular el monto de las sanciones.

(5) En España, por ejemplo, existe actualmente una autoridad de aplicación “multifuncional” (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada mediante la ley 3/2013) que ejerce funciones tanto en materia antitrust como también en lo que respecta a diversos sectores regulados (electricidad, gas, comunicaciones electrónicas, comunicación audiovisual, ferrocarriles, servicio postal y tarifas aeroportuarias). Este modelo institucional ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina y ya existen proyectos legislativos para su modificación (ver, al respecto, JIMÉNEZ LAIGLESIA, José M., “La anunciada extinción de la CNMC”, en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Civitas, Madrid, 2017, p. 325).

(6) OECD, Competition Committee, “Independence of competition authorities - From designs to practices”, DAF/COMP/GF(2016)5, disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf).

(7) UNCTAD, “Independence and accountability of competition authorities”, TD/B/COM.2/CLP/67, disponible en: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/CCPB_IGE2014_UNCTADNOTE_EMCF_en.pdf; y “Foundations of an effective competition agency”, TD/B/C.1/CLP/8, disponible en: http://unctad.org/en/Docs/ciclpd8_en.pdf.

Nuestro país se ha manifestado en forma coincidente en la tercera sesión del Global Forum on Competition de la OCDE, que tuvo lugar en diciembre de 2016, donde señaló que una autoridad de competencia independiente ejerce sus poderes sobre la base de argumentos legales y económicos, libre de presiones o influencias políticas, lo cual acrecienta la consistencia y predictibilidad de las decisiones y crea un ambiente de confianza en el procedimiento mediante el cual la autoridad selecciona, investiga y decide los casos (8).

III. Las autoridades de competencia en Argentina

Nuestro país cuenta con legislación antitrust desde 1923, año en el que fue sancionada la ley 11.210 (9), en virtud de la cual se declaró delito la comisión de diversas conductas anticompetitivas, como ser la celebración de convenios o pactos tendientes a establecer o sostener un monopolio. Atento al carácter penal de los ilícitos previstos en la norma, la aplicación de las sanciones respectivas fue encomendada al Poder Judicial.

Igual criterio fue adoptado en la ley 12.906 (10), que sustituyó a su antecesora, no obstante lo cual la norma estableció que correspondería al Poder Ejecutivo de la Nación, o al organismo administrativo que este determinase, vigilar su cumplimiento e instruir el respectivo sumario administrativo en caso de reunir indicios de la comisión de alguno de los ilícitos previstos en la norma. De contar con indicios vehementes o semiplena prueba del hecho investigado, debía iniciarse la respectiva denuncia ante el juez penal competente.

En 1980, como consecuencia del fracaso de la legislación preexistente (11), se sancionó la

ley 22.262 (12), en virtud de la cual se aprobó un nuevo régimen de defensa de la competencia que preveía tanto sanciones penales como administrativas.

A fin de subsanar la inexistencia de una autoridad de aplicación especializada en la materia, la nueva ley creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) como órgano desconcentrado de la ex Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, integrado por un presidente y cuatro vocales designados por el Ministro de Economía (13).

Conforme la distribución de competencias prevista en la norma, la CNDC tenía a su cargo la instrucción de los sumarios por infracciones al régimen y la emisión de dictámenes aconsejando el curso de acción a seguir, correspondiendo al Secretario de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la facultad de aplicar las respectivas sanciones administrativas y, en su caso, disponer el pase de las actuaciones al juez competente para la aplicación de las sanciones penales (14).

Atento a este diseño institucional, resulta claro que la ley 22.262 no creó una autoridad de aplicación independiente, ya que no se dotó a la CNDC de autarquía, lo cual conlleva su subordinación jerárquica al Poder Ejecutivo (15).

A fin de adecuar nuestra legislación a las mejores prácticas internacionales, en 1999 fue sancionada la ley 25.156 (16), en virtud de la cual se aprobó un nuevo régimen antitrust que, en

petencia: comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 41 y ss.).

(12) BO del 6/8/1980.

(13) Cfr. arts. 6º y 7º de la ley 22.262.

(14) Cfr. arts. 12, 17, 19, 23, 26 y 29 de la ley 22.262.

(15) Es loable el hecho de que la ley 22.262 haya limitado las consecuencias de dicha subordinación jerárquica, al disponer que la remoción de los vocales de la CNDC debe ser efectuada por un jurado, con sustento en alguna de las causales específicamente establecidas en su art. 9º. Pero lo cierto es que a dicha comisión se le otorgaron únicamente facultades consultivas, encomendándose las facultades decisorias a un secretario que, como tal, puede ser removido de su cargo por el Poder Ejecutivo en forma discrecional.

(16) BO del 20/9/1999.

(8) Ver el documento titulado “Independence of competition authorities - From designs to practices. Contribution from Argentina”, TD/B/COM.2/CLP/67, disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf).

(9) BO del 11/9/1923.

(10) BO del 22/2/1947.

(11) Las leyes 11.210 y 12.906 fueron objeto de severas críticas por parte de la doctrina y tuvieron muy escasa aplicación práctica (ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156 de Defensa de la Com-*

diversos aspectos, difería sustancialmente del marco normativo preexistente.

Una de las innovaciones más importantes introducidas por la ley 25.156 fue la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como nueva autoridad de aplicación descentralizada. A diferencia de la CNDC, el referido tribunal gozaba de autarquía(17), razón por la cual contaba con personalidad jurídica propia y tenía facultad para administrar sus propios recursos. Asimismo, la norma otorgó al nuevo organismo todas las facultades decisorias, sin prever la posibilidad de que sus actos fueran dejados sin efecto por el Poder Ejecutivo u órganos de la Administración centralizada(18).

Con el claro objetivo de asegurar la independencia del tribunal, se estableció que sus miembros: (i) debían ser designados por el Poder Ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado (integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas); y (ii) durarían seis años en su cargo y únicamente podrían ser removidos por alguna de las causales taxativamente establecidas en la norma, previa decisión del referido jurado(19).

La ley dispuso que, hasta tanto el tribunal fuera puesto en funcionamiento, subsistiría el órgano de aplicación de la ley 22.262, otorgándole a ese último competencia para entender en todas las causas promovidas a partir de su entrada en vigencia(20). Dado que la norma no brindaba mayores aclaraciones al respecto, y atento a la demora en la constitución del tribu-

nal, en los años subsiguientes se suscitaron importantes controversias en lo que respecta a la distribución de competencias entre la CNDC y la sucesora de la ex Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales(21).

La cuestión fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en diversos precedentes sostuvo que la CNDC contaba con facultades de instrucción y de asesoramiento, mientras que a la secretaría respectiva le correspondía el ejercicio de la facultad resolutoria(22).

Pese a las recomendaciones oportunamente realizadas por la OCDE(23) y los cuestionamientos doctrinarios(24) y jurisprudenciales(25), el Poder Ejecutivo nunca constituyó el tribunal(26).

(21) Ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., ps. 472 y ss.

(22) Cfr. CS, Fallos 330:2527; 331:781 y 335:1645, entre otros.

(23) En 2006, la OCDE realizó un examen inter-pares de la legislación y políticas aplicadas en nuestro país en materia de defensa de la competencia, en cuyo marco se recomendó conformar el tribunal, en tanto ello permitiría abordar algunos de los problemas fundamentales que enfrentaba la CNDC, en particular, la insuficiencia de presupuesto e independencia (cfr. OCDE, "Derecho y política de la competencia en Argentina. Examen inter-pares 2006", disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/Argentina-2006Peer%20Review_sp.pdf).

(24) En doctrina se señaló que la falta de constitución del Tribunal de Defensa de la Competencia implicaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión (cfr. ORLANSKI, Leonardo T., "La defensa de la competencia desde el derecho público", en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2011, p. 627).

(25) En diversos precedentes la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico calificó esta omisión como un "verdadero escándalo jurídico" (cfr. CNPenal Económico, sala A, 30/12/2009, "Grupo Clarín SA"; 1/2/2010, "Pirelli & CSPA y otros"; y 2/2/2011, "Grupo Bimbo Sociedad Anónima de Capital Variable SA", entre otros).

(26) Cabe destacar que en noviembre de 2009 el Jefe de Gabinete presentó ante la Cámara de Diputados el Informe nro. 76, en donde afirmó que "resulta evidente que el art. 17 de la ley está en desuetudo, es decir en desuso causado por la falta de aplicación de esta norma durante un lapso importante. Efectivamente, la costumbre ha permitido con eficacia la derogatoria de una norma, que en este caso no es una costumbre *contra legem*, puesto

(17) Cfr. art. 17 de la ley 25.156, en su redacción original.

(18) Cfr. art. 24 de la ley 25.156, en su redacción original.

(19) Cfr. arts. 19 y 20 de la ley 25.156, en su redacción original.

(20) Cfr. art. 58 de la ley 25.156, en su redacción original.

Finalmente, en 2014 el Congreso sancionó la ley 26.993 (27), en virtud de la cual se suprimió el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y se dispuso que: (i) la autoridad de aplicación de la ley 25.156 sería determinada por el Poder Ejecutivo; y (ii) esta contaría con la asistencia de la CNDC, cuyas atribuciones fueron específicamente establecidas (28). De esta forma, se restableció legislativamente el diseño institucional originalmente previsto en la ley 22.262, lo cual fue objeto de severas críticas en doctrina (29).

IV. La nueva autoridad de competencia creada por la ley 27.442

En septiembre de 2016, en el marco de los cambios impulsados por el nuevo Gobierno en materia productiva, diversas comisiones de la Cámara de Diputados elaboraron en forma conjunta un proyecto de ley para sustituir el régimen de defensa de la competencia vigente, el cual —entre sus aspectos más relevantes— incluyó la creación de una nueva autoridad de aplicación —la ANC—, cuyo diseño institucional se adecua, en gran medida, a los principios analizados en el Capítulo II, *supra*.

El proyecto no fue objeto de grandes cambios durante su trámite parlamentario y, finalmente, fue sancionado el 9 de mayo del corriente año, como ley 27.442.

La ley fue prontamente reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante el dec. 480/18 (30), en virtud del cual se ordenó a la Secretaría de

Comercio convocar al concurso público de antecedentes y oposición para la designación de los miembros de la ANC, dentro de los 30 días de efectuada su publicación en el Boletín Oficial (31).

Cabe destacar que, conforme lo dispuesto en el decreto referido: (i) la Secretaría de Comercio ejercerá todas las facultades y atribuciones de la ANC hasta que esta sea constituida y puesta en funcionamiento (32); y (ii) la CNDC continuará actuando en el ámbito de dicha secretaría hasta tanto la estructura organizativa de la ANC cuente con plena operatividad (33).

IV.1. Autarquía y estructura orgánica de la ANC

Tal como se explicó en el capítulo precedente, desde 1980 hasta el presente la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en nuestro país estuvo a cargo de meros órganos desconcentrados (la CNDC y sucesivas Secretarías), subordinados jerárquicamente al Poder Ejecutivo (34), sin perjuicio de la intervención del Poder Judicial en lo que respecta a la aplicación de las sanciones penales, que fueron eliminadas en 1999.

La ley 27.442 adoptó un diseño institucional sustancialmente diferente, en tanto otorgó a la ANC el carácter de organismo descentralizado y autárquico (35), lo cual, de conformidad con los principios aplicables en materia de organi-

que la ley 25.156 previó el mecanismo utilizado luego para preservar su vigencia, salvando el incumplimiento de la constitución del tribunal”.

(27) BO del 19/9/2014.

(28) Cfr. art. 65 de la ley 26.993.

(29) Al respecto, se ha afirmado que “ni en las exposiciones de los legisladores de ambas Cámaras del Congreso, ni en las sesiones de debate en las distintas comisiones de la Cámara de Diputados se registraron argumentos a favor de la derogación de TNDC (al menos que nosotros hayamos podido tomar conocimiento). Lo cierto es que como siguiendo un principio de inercia mental el proyecto llegó del Poder Ejecutivo con esa disposición y así fue finalmente sancionado” (DE DIOS, Miguel Ángel, “Un paso en falso en el diseño institucional para la defensa de la competencia”, *Revista de Derecho Constitucional*, nro. 6, mayo 2015, IJ-LXXVII-977).

(30) BO del 24/5/2018.

(31) Cfr. art. 83 del Anexo del dec. 480/2018.

(32) Cfr. art. 5º del dec. 480/2018.

(33) Cfr. art. 6º del dec. 480/2018. Mediante la res. 359/2018, el secretario de Comercio estableció las competencias a ser ejercidas por la CNDC durante el período de transición.

(34) Los órganos desconcentrados cuentan con competencias propias, pero carecen de personalidad jurídica y dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo o de la autoridad máxima del ente descentralizado que integran (ver, al respecto, MURATORIO, Jorge, “Centralización, descentralización, concentración y desconcentración”, en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 221 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 252 y ss.; y BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 94 y ss.)

(35) Cfr. art. 18 de la ley 27.442.

zación administrativa (36), implica que la nueva autoridad de aplicación:

- (i) tiene personalidad jurídica propia (37);
- (ii) cuenta con patrimonio y facultades para administrar sus propios recursos (38); y
- (iii) no depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo, pese a integrar los cuadros de la Administración pública (39).

La ANC tendrá su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (40) y estará conformada por los siguientes órganos (41):

(36) Ver, al respecto, CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 311.

(37) Cabe destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 146, inc., a), del Cód. Civ. y Com., las entidades autárquicas son personas jurídicas públicas.

(38) El art. 33 de la ley 27.442 dispone que la ANC “administrará su presupuesto de manera autónoma, de acuerdo a la autarquía que le asigna la presente ley”.

(39) En doctrina se afirma que las entidades autárquicas están sujetas a un control limitado por parte del Poder Ejecutivo, comúnmente denominado control “administrativo” o “de tutela”, que únicamente permite la revisión de la legitimidad de los actos dictados por el ente, no así la emisión de órdenes (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., ps. 305 y ss.). En el ámbito nacional, dicho control es ejercido en el marco del recurso de alzada regulado en el dec. 1759/1972, que reglamentó la ley 19.549. Dado que esta última no es aplicable a las cuestiones regidas por la ley 27.442 (conforme lo expresamente dispuesto en su art. 79), el recurso de alzada no resulta procedente contra los actos dictados por la ANC.

(40) Sin perjuicio de ello, la ANC podrá actuar, constituirse y sesionar en cualquier lugar del territorio nacional mediante delegados que la misma designe. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales (cfr. art. 18 de la ley 27.442).

(41) Cfr. art. 18 de la ley 27.442. El art. 18 del Anexo del dec. 480/2018 establece que “la autoridad nacional de la competencia se considerará legalmente constituida con el nombramiento de su presidente, de los dos (2) primeros vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los secretarios instructores de Conductas Anticompetitivas y de Concentraciones Económicas y comenzará a ejercer sus funciones a los sesenta (60) días de constituida, conforme el procedimiento estipulado en la ley. Durante ese período de transición, el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá dictar, siguiendo las pautas establecidas por la ley 27.442 y por el presente Decreto, su reglamento interno y toda otra norma que

(i) el Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”): órgano colegiado integrado por cinco miembros (un presidente y cuatro vocales), de los cuales dos por lo menos serán abogados y otros dos economistas (42);

(ii) la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (“SICA”): órgano unipersonal, cuyo titular es el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas; y

(iii) la Secretaría de Concentraciones Económicas (“SCE”): órgano unipersonal, cuyo titular es el Secretario de Concentraciones Económicas.

El presidente y los vocales del TDC, como así también los titulares de la SICA y la SCE, revisten el carácter de miembros de la ANC (43), pero no integran conjuntamente un órgano que tenga a su cargo la administración del organismo (a diferencia, p. ej., del Banco Central o los entes reguladores de servicios públicos, que cuentan, a tales efectos, con un directorio). En virtud de ello, la ley dispone que la presidencia, la representación legal y la función administrativa de la ANC será ejercida por el Presidente del TDC (44).

Atento a su carácter autárquico la ANC cuenta con su propio patrimonio, que estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquiera en el futuro por cualquier título (45). Asimismo, está facultada para administrar su presupuesto de manera autónoma, el cual debe ser proyectado anualmente por el TDC y elevado al Poder Ejecutivo a efectos de su inclusión en el Presupuesto de la Administración Pública Nacional (46).

juzgue necesaria para el adecuado funcionamiento de la autoridad nacional de la competencia”.

(42) Cfr. art. 28 de la ley 27.442.

(43) *Ibidem*.

(44) *Ibidem*. La norma dispone, asimismo, que el Presidente del TDC se encuentra facultado para efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución.

(45) Cfr. art. 18 de la ley 27.442.

(46) Cfr. art. 33 de la ley 27.442.

Cabe destacar que, sin perjuicio de los restantes recursos que le sean asignados en el presupuesto anual, la ley dispone que el producido del arancel a ser abonado por quienes inicien los trámites regulados en su Capítulo III (es decir, la notificación de operaciones de concentración económica y la solicitud de una opinión consultiva) será destinado a sufragar los gastos ordinarios de la ANC(47), lo cual le permitirá contar con cierto grado de autosuficiencia financiera(48).

La ley, en cambio, no establece el destino de las sumas percibidas en concepto de multas impuestas por el TDC. Es conveniente que estas no se encuentren específicamente afectadas a solventar los gastos de la ANC, ya que, de lo contrario, podría verse comprometida la imparcialidad del organismo al momento de aplicar y graduar las sanciones(49).

En síntesis, cabe afirmar que, de conformidad con el diseño institucional adoptado en la ley 27.442, la ANC, a diferencia de las autoridades de aplicación preexistentes, es un organismo descentralizado —específicamente, una

entidad autárquica—, integrado por diversos órganos desconcentrados (cuyas competencias serán analizadas en el Capítulo IV.3, *infra*), que podrá solventar sus gastos, cuanto menos parcialmente, con recursos propios de afectación específica.

IV.2. Designación y remoción de los miembros de la ANC

Tal como se explicó en el Capítulo II, *supra*, uno de los aspectos centrales en el diseño institucional de las autoridades de competencia es el procedimiento de designación y remoción de sus miembros, de lo cual dependerá, en gran medida, el grado de independencia del organismo.

En relación con este punto, la ley 27.442 dispone que los miembros de la ANC son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, previo concurso público de antecedentes y oposición(50), en cuyo marco se deberá constatar la idoneidad de los postulantes en materia de defensa de la competencia y el cumplimiento de los restantes requisitos establecidos en la norma(51).

(47) *Ibidem*.

(48) Siboldi ha señalado, sin embargo, que “la independencia económica de la autoridad no está garantizada a través del texto legal propuesto, toda vez que una vía de sometimiento de dicha autoridad a la voluntad del Poder Ejecutivo bien puede ser la restricción presupuestaria que finalmente apruebe este, una vez recibida la propuesta. Por su parte, los aranceles seguramente no serán suficientes para cubrir las restricciones mencionadas, dado que, como tales, deben guardar relación con los servicios prestados en el análisis de las concentraciones económicas, de modo que —por definición— no deberían financiar el resto de las actividades a cargo de la autoridad. Así las cosas, esta propuesta sería perfecta por la vía de incluir algunos criterios o pautas que limiten la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la hora de aprobar el presupuesto presentado por la autoridad de aplicación, así como en el momento de dar cumplimiento al mismo” (SIBOLDI, Agustín, “Ley de Defensa de la Competencia: Interesante propuesta de actualización y necesidad de mayor impulso político”, publicado en www.abogados.com.ar).

(49) En relación con este punto, ver el apart. 2.C del documento elaborado por el Comité de Competencia de la OCDE citado en la nota 3 y el apartado 3.2.3. del *paper* de dicho comité citado en la nota 6, donde se señalan los riesgos del financiamiento mediante los fondos recaudados por multas y las distintas alternativas que podrían adoptarse al respecto.

(50) Cfr. arts. 20 y 23 de la ley 27.442.

(51) De conformidad con lo dispuesto en el art. 19 de la ley 27.442, los miembros de la ANC deben reunir los siguientes requisitos: a) contar con suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia y gozar de reconocida solvencia moral, todos ellos con más de 5 años en el ejercicio de la profesión; b) tener dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente, resultando aplicables las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la ley 25.188 de Ética Pública; c) no desempeñarse o ser asociados de estudios profesionales que intervengan en el ámbito de la defensa de la competencia mientras dure su mandato; y d) excusarse por las causas previstas en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º y 10 del art. 17 del Cód. Proc. Civ. y Com. y en los casos en los que tengan o hayan tenido en los últimos 3 años una participación económica o relación de dependencia laboral en alguna de las personas jurídicas sobre las que deba resolver. Como se podrá apreciar, únicamente el inc. a) hace referencia a los requisitos que deben reunir los postulantes a ser miembros de la ANC. Los restantes incisos del artículo bajo análisis se refieren al régimen de incompatibilidades y las causales de excusación, que constituyen obligaciones que los miembros de la ANC deben cumplir una vez asumido el cargo.

La ley faculta al Poder Ejecutivo a efectuar designaciones en comisión durante el tiempo que insuma la sustanciación del concurso y la resolución de las eventuales oposiciones recibidas por los respectivos candidatos (52). Si bien la norma no lo aclara, entendemos que la designación en comisión debería recaer en alguno de los postulantes que participan en el respectivo concurso, el cual —evidentemente— deberá cumplir estrictamente con todos los requisitos exigidos para ser miembro de la ANC (53).

El concurso público se realiza ante un jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Ministro de Producción de la Nación, un representante de la Academia Nacional del Derecho y un representante de la Asociación Argentina de Economía Política (el “Jurado”). El referido ministro preside el Jurado y tiene doble voto en caso de empate (54).

De esta forma, bastaría con que el Ministro de Producción y el Procurador del Tesoro voten en igual sentido para formar mayoría (55), lo cual otorgaría al Poder Ejecutivo una incidencia sustancial en los concursos, que podría incidir negativamente sobre el grado de independencia de la ANC (56). Este riesgo se ve limitado, sin embargo, por el hecho de que las designaciones deben contar con el acuerdo del Senado, el cual —en virtud de las modificaciones introducidas

durante el trámite parlamentario de la ley— debe ser expreso (57).

El reglamento del concurso debe ser dictado por el Secretario de Comercio de la Nación, quién, asimismo, tiene a su cargo convocar al Jurado, con al menos 180 días de antelación a la fecha en que se deba producir la renovación de alguno de los miembros de la ANC (58). La ley 27.422 y su reglamentación no establecen pautas concretas en lo que respecta a los criterios de evaluación a ser aplicados en los concursos, lo cual hubiera sido conveniente, a fin de evitar eventuales arbitrariedades o favoritismos (59).

Una vez vencido el plazo establecido en el reglamento del concurso público para presentar las candidaturas, el Jurado debe confeccionar una terna con los postulantes que resulten más idóneos para cubrir el respectivo cargo de la ANC, la cual debe ser remitida a la Oficina Anticorrupción, a fin de que este organismo realice un informe acerca de los conflictos de intereses actuales o potenciales que puedan surgir, con base en las declaraciones juradas que los candidatos se encuentran obligados a presentar (60).

(57) El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados establecía que, si el Senado no se pronunciaba en el plazo de 60 días hábiles, el Poder Ejecutivo podía designar definitivamente a los miembros de la ANC. En virtud de los cambios introducidos por el Senado en el proyecto, el art. 23 de la ley quedó redactado del siguiente modo: “La designación de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia requerirá acuerdo del Honorable Senado de la Nación. El Poder Ejecutivo nacional podrá realizar nombramientos en comisión durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo”.

(58) Cfr. art. 20 del Anexo del dec. 480/2018.

(59) Al respecto, cabe destacar que la ley 11.683 dispone que, en los concursos públicos realizados para la selección de los vocales del Tribunal Fiscal de la Nación, los criterios y mecanismos de calificación de los exámenes y de evaluación de los antecedentes se determinarán antes del llamado a concurso, debiéndose garantizar igualdad de trato y no discriminación entre quienes acrediten antecedentes relevantes en el ejercicio de la profesión o la actividad académica o científica y aquellos que provengan del ámbito judicial o la administración pública (art. 147, inc. b).

(60) Cfr. art. 20 de la ley 27.442 y su reglamentación. Los candidatos deben presentar una declaración jurada con los bienes propios, los del cónyuge y/o de los convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y demás previsiones del art. 6º de la ley

(52) Cfr. art. 20 de la ley 27.442.

(53) En el caso de designaciones en comisión efectuadas con carácter previo a la finalización del concurso, el respectivo decreto del Poder Ejecutivo debería explicitar pormenorizadamente los antecedentes del candidato elegido y las demás circunstancias que permitan tener por debidamente acreditado el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos para ser miembro de la ANC.

(54) Cfr. art. 20 de la ley 27.442 y su reglamentación.

(55) El art. 20 del Anexo del dec. 480/2018 dispone que las decisiones son adoptadas por mayoría simple de votos de los miembros del Jurado.

(56) Al respecto, cabe destacar que la ley 25.156, en su redacción original, disponía que el respectivo jurado estaría integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Dentro de los 5 días posteriores a la recepción del referido informe, el Presidente del Jurado debe remitir la terna al Poder Ejecutivo, quién procederá luego a seleccionar el candidato a ocupar el cargo vacante y comunicar su decisión al Senado de la Nación (61).

A efectos de brindar mayor transparencia al procedimiento y permitir la participación ciudadana, la ley dispone que: (i) el Poder Ejecutivo debe dar a conocer el nombre, apellido y antecedentes curriculares del candidato seleccionado en el Boletín Oficial y en 2 diarios de circulación nacional, durante 3 días; y (ii) los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de consumidores y usuarios y las entidades académicas y de derechos humanos podrán, en el plazo de 15 días a contar desde dicha publicación, presentar ante el Ministerio de Producción y la presidencia del Senado de la Nación, por escrito y de modo fundado y documentado, las observaciones que consideren de interés efectuar respecto de los candidatos seleccionados (62).

A diferencia de su antecesora, la ley 27.442 dispone que la designación requiere acuerdo del Senado de la Nación (63). Sin embargo, faculta al Poder Ejecutivo a nombrar en comisión a los candidatos seleccionados, durante

el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo (64).

Los miembros de la ANC duran 5 años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos por única vez, resultando necesario, a tal fin, que la decisión respectiva del Poder Ejecutivo cuente con el acuerdo del Senado (65). El plazo de duración en el cargo, sumado al hecho de que la renovación de los integrantes del TDC se hará en forma escalonada y parcial (66), contribuirá a dotar a la autoridad de aplicación de mayor independencia, en tanto el mandato de sus miembros no coincidirá con el del Presidente de la Nación (67).

Todos ellos cesan de pleno derecho en sus funciones de mediar alguna de las siguientes circunstancias: a) renuncia; b) vencimiento del mandato; c) fallecimiento; y d) remoción por alguna de las causales previstas en la ley (68).

En lo que respecta al procedimiento de remoción, la ley 27.442 no siguió el mismo criterio que sus antecesoras.

La ley 22.262, pese a no haber otorgado carácter autárquico a la CNDC, disponía que sus vocales únicamente podrían ser removidos de su cargo —con sustento en alguna de las causales previstas en la norma— por decisión de un jurado presidido por el Procurador de Tesoro de la Nación e integrado por 4 abogados, con 10 años de ejercicio de la profesión, nombrados

25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y su reglamentación. Asimismo, deben adjuntar otra declaración en la que incluirán la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren, o hayan integrado en los últimos 5 años, la nómina de clientes o contratistas de los últimos 5 años en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, los estudios de abogado, contables o de asesoramiento a los que pertenecieron según corresponda, y en general cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, de su cónyuge, de sus ascendientes y descendientes en primer grado, con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses.

(61) Cfr. art. 21 de la ley 27.442 y art. 20 del Anexo del dec. 480/2018.

(62) Cfr. arts. 21 y 22 de la ley 27.442.

(63) Cfr. art. 23 de la ley 27.442. Tal como se explicó precedentemente, el acuerdo del Senado debe ser expreso.

(64) Cfr. art. 23 de la ley 27.442 y su reglamentación.

(65) Cfr. art. 24 de la ley 27.442.

(66) Cfr. art. 24 de la ley 27.442. A los efectos de permitir la renovación escalonada, dos de los integrantes del TDC, seleccionados por sorteo en su primera sesión, durarán únicamente tres años en sus funciones (cfr. art. 83 de la ley y art. 24 de su reglamentación).

(67) En el apart. 2.A del documento de la OCDE citado en la nota 3 se destaca que la renovación escalonada contribuye a asegurar que el Jefe de Estado no pueda reemplazar a todos los miembros de la autoridad de aplicación durante un mismo mandato.

(68) Cfr. art. 25 de la ley 27.442. Producida la vacancia, el Poder Ejecutivo debe dar inicio al procedimiento de designación del reemplazante en un plazo no mayor a 30 días. El reemplazante dura en su cargo hasta completar el mandato del reemplazado, excepto, obviamente, en los casos en que aquel hubiera sido nombrado como consecuencia del vencimiento del mandato de este último.

anualmente por el Poder Ejecutivo. Asimismo, establecía que el jurado debía dictar normas de procedimiento que asegurasen el derecho de defensa y el debido trámite de la causa (69).

En forma similar, la ley 25.156, en su redacción original, preveía que los integrantes del Tribunal de Defensa de la Competencia únicamente podían ser removidos previa decisión —por mayoría simple— del jurado ante quién tramitaban los concursos públicos de antecedentes (el cual debía estar integrado por el Procurador del Tesoro, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas).

Apartándose de estos antecedentes, la ley 27.442 otorga al Poder Ejecutivo la facultad de remover de su cargo a los miembros de la ANC por las causales previstas en el art. 26, sin necesidad de que intervenga en forma previa el Jurado. A tal fin, la norma únicamente exige contar con el previo dictamen no vinculante de una comisión *ad hoc*, integrada por los presidentes de las Comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados y de Industria y Comercio del Senado, y por los presidentes de ambas cámaras (70).

Inexplicablemente, la nueva ley tampoco impone, a diferencia de sus antecesoras, la obligación de tramitar, con carácter previo al dictado del acto de remoción, un sumario en el que se asegure plenamente el derecho de defensa del funcionario en cuestión. Esta grave omisión no fue subsanada en la reglamentación. No obstante ello, es indudable que, a la luz de la juris-

prudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos (71), la legitimidad del acto de remoción se encuentra subordinada a la previa tramitación de un sumario en cuyo marco: (i) se impute al funcionario estar incurso en alguna de las causales establecidas en el art. 26 de la ley; y (ii) se le brinde la oportunidad de alegar y producir prueba.

Las causales de remoción taxativamente previstas en la ley 27.442 son (72):

(i) mal desempeño en sus funciones;

(ii) negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos;

(iii) incapacidad sobreviniente;

(iv) condena por delito doloso (73);

(v) violaciones de las normas sobre incompatibilidad; y

(vi) no excusarse en los supuestos previstos en el art. 19, inc. d).

El hecho de que un miembro de la ANC pueda ser removido de su cargo con sustento en el “mal desempeño de sus funciones” constituye, a nuestro criterio, el “talón de Aquiles” de la nueva autoridad de aplicación. La vaguedad de esta causal podría dar lugar a remociones discrecionales por parte del Poder Ejecutivo, sustentadas en meras discrepancias con las decisiones adoptadas por los órganos de la ANC (74). De aceptarse esta posibilidad, la

(71) Ver, al respecto, el caso “Cedale” (Fallos 321:1970) y sus citas.

(72) Cfr. art. 26 de la ley 27.442.

(73) El art. 27 de la ley 27.442 dispone que será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones aquel miembro de la ANC sobre el que recaiga auto de procesamiento firme por delito doloso, y que dicha suspensión se mantendrá hasta tanto se resuelva su situación procesal. El art. 27 del Anexo del decreto 480/18, por su parte, establece que quien fuera suspendido preventivamente en sus funciones tendrá derecho a reintegrarse al cuerpo cuando se dictare la sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo.

(74) Este riesgo fue destacado por la American Bar Association al comentar el proyecto de ley puesto a consideración por la CNDC (ver, al respecto, SIBOLDI, Agustín, “Ley de Defensa de la Competencia: Intere-

(69) Cfr. art. 9º de la ley 22.262. La ley 11.683, en su art. 148, prevé un mecanismo similar para la remoción de los integrantes del Tribunal Fiscal de la Nación.

(70) Cfr. art. 24 de la ley 27.442. Al respecto, Nieto ha afirmado que la simplicidad del proceso de remoción de sus miembros podría comprometer la necesaria independencia de la ANC (cfr. NIETO, Matías L., “Un primer abordaje a la ley 27.442 de ‘Defensa de la Competencia’”, ADLA 2018-7-109).

buscada independencia del organismo podría verse gravemente afectada (75).

En consecuencia, y de conformidad con una interpretación teleológica de la norma, que haga prevalecer los objetivos perseguidos por el legislador al crear la nueva autoridad de aplicación, esta causal de remoción debería poder tenerse por configurada únicamente cuando existieran circunstancias objetivas que pongan en evidencia que el funcionario ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes a su cargo.

IV.3. Facultades de los órganos que integran la ANC

Tal como se explicó en el Capítulo IV.1, *supra*, la ANC es una entidad autárquica integrada por diversos órganos desconcentrados (el TDC, la SICA y la SCE), cada uno de los cuales cuenta con facultades propias, específicamente establecidas en la ley 27.442.

Las principales facultades del TDC son (76):

(i) imponer las sanciones establecidas en la ley y otorgar los beneficios del “programa de clemencia”;

(ii) aprobar o rechazar las operaciones de concentración económica notificadas conforme lo dispuesto en el Capítulo III de la ley;

(iii) admitir o denegar la prueba ofrecida por las partes en el momento procesal oportuno;

(iv) realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes;

(v) emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opinio-

sante propuesta de actualización y necesidad de mayor impulso político”, publicado en *www.abogados.com.ar*.

(75) Tal como lo sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Humphrey’s executor”, citado por nuestro Máximo Tribunal en el caso “Cedale” (Fallos 321:1970), “es a todas luces evidente que no cabe esperar que, quien depende de la discrecional voluntad de otro para permanecer en su cargo, actúe en forma independiente respecto de este último”.

(76) Cfr. art. 28 de la ley 27.442.

nes tengan efecto vinculante, como así también recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados;

(vi) propiciar soluciones consensuadas entre las partes (77);

(vii) crear, administrar y actualizar el Registro Nacional de Defensa de la Competencia, en el que deberán inscribirse las operaciones de concentración económica previstas en el Capítulo III de la ley y las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal;

(viii) imponer, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los Capítulos I y II de la ley, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Asimismo, cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, el TDC se encuentra facultado para ordenar las medidas que según las circunstancias

(77) Cabe destacar que la ley 25.156, en su redacción original, también preveía esta facultad, pero el inciso respectivo fue observado por el Poder Ejecutivo mediante el dec. 1019/1999, con sustento en que: (i) la ley en cuestión versa sobre una materia propia del derecho público y en la que no se debaten intereses o derechos contradictorios entre partes, sino la afectación a un bien de carácter público (el mercado), que no es susceptible de apropiación por los particulares; (ii) el procedimiento aplicable es de tipo acusatorio y penal administrativo, no es de libre disposición por las partes y puede ser iniciado de oficio por la autoridad de aplicación; (iii) no resulta coherente con dichas características la posibilidad de que se propicien soluciones consensuadas entre las partes, no solo porque dichas soluciones son propias de los procedimientos bilaterales y contradictorios del derecho privado, sino porque la categoría de parte en sentido estricto solo se aplica, en esta materia, a los presuntos responsables; y (iv) la ley ya contiene la posibilidad de llegar a soluciones que no supongan la aplicación de una sanción, como es la aprobación de un compromiso que ofrezca el presunto responsable a la autoridad de aplicación. La facultad de propiciar soluciones consensuadas entre las partes fue luego restablecida por la ley 26.993, lo cual fue cuestionado por un sector de la doctrina, con sustento en argumentos similares a los esgrimidos en los considerandos del dec. 1019/1999 (ver, al respecto, DE DIOS, Miguel Ángel, “Un paso en falso en el diseño institucional para la defensa de la competencia”, *Revista de Derecho Constitucional*, nro. 6, mayo 2015, IJ-LXXVII-977).

fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos (78); y

(ix) expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art. 2º de la ley, que a la sana discreción del TDC no constituyan perjuicio para el interés económico general (79).

Dado que la ANC no cuenta con un directorio u órgano análogo, la ley dispone que el Presidente del TDC es quién ejerce la presidencia, la representación legal y la función administrativa del organismo (80).

La SICA, por su parte, es un órgano con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes en los que cursa la etapa de investigación de las infracciones a la ley 27.442, cuyo titular y representante es el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas (81). Tiene facultades para:

(78) Cfr. art. 44 de la ley 27.442. Debe tenerse en cuenta que el art. 30, inc. f), dispone que la SICA se encuentra facultada para “solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de un (1) día”. Una interpretación armónica de estas disposiciones, y ajustada a los principios y garantías de nuestro régimen constitucional, lleva a concluir que, si bien el TDC cuenta con facultades amplias para disponer medidas preventivas, estas deberán ser solicitadas por la SICA al juez competente cuando conlleven el ejercicio de coacción sobre las personas o bienes (como ser, por ejemplo, en el caso de allanamientos, secuestros y embargos).

(79) Cfr. art. 29 de la ley 27.442. El art. 29 del Anexo del dec. 480/2018 establece las condiciones que deberán cumplir los acuerdos en cuestión a efectos de que el TDC pueda otorgar el respectivo permiso. A nuestro criterio, la facultad de otorgar estos permisos es contradictoria con lo dispuesto en el art. 2º de la ley, que expresamente establece que los acuerdos allí previstos “constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”, los cuales “serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno”. Nos resulta incomprensible cómo es posible que se faculte al TDC a otorgar permisos respecto de acuerdos que la propia ley califica como absolutamente restrictivos de la competencia.

(80) Cfr. art. 28 de la ley 27.442. La norma dispone, asimismo, que el presidente del TDC se encuentra facultado para efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución.

(81) Cfr. art. 30 de la ley 27.442.

(i) recibir las denuncias, conferir el traslado previsto en el art. 38 de la ley y resolver sobre la eventual procedencia de la instrucción del respectivo sumario;

(ii) citar y celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciados, damnificados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública;

(iii) proponer al TDC las imputaciones que pudieren corresponder como conclusión del sumario, las acciones señaladas en el art. 41 de la ley y las sanciones aplicables;

(iv) acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 1 día (82);

(v) solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de 1 día (83);

(vi) producir la prueba necesaria para llevar adelante las actuaciones;

(vii) opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por el TDC en relación con conductas anticompetitivas; y

(viii) desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de denuncias o investigaciones de mercado y aquellas tareas que le encomiende el Tribunal.

Como se podrá apreciar, apartándose en este punto de su antecesora, la ley 27.442 otorgó a órganos distintos —que cuentan con autonomía técnica— la facultad de instruir el sumario (a cargo de la SICA) y la de aplicar las sanciones (a cargo del TDC) (84), lo cual constituye, sin lu-

(82) En estos supuestos resultarán aplicables, supletoriamente, los arts. 224 y ss. del Cód. Proc. Penal, conforme lo previsto en el art. 79 de la ley 27.442.

(83) Ver, al respecto, lo indicado en la nota 78.

(84) Cabe destacar que la OCDE recomienda la separación interna de las competencias de investigación y juzgamiento como herramienta para incrementar la independencia y objetividad en la toma de decisiones (ver, al

gar a dudas, un gran acierto, que contribuirá a asegurar el respeto de las garantías constitucionales que rigen en este tipo de procesos.

La SEC, finalmente, es un órgano con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes en los que cursan las notificaciones de operaciones de concentración económica, diligencias preliminares y opiniones consultivas establecidas en el Capítulo III de la ley, cuyo titular y representante es el Secretario de Concentraciones Económicas (85). Tiene facultades para:

(i) recibir, tramitar e instruir las solicitudes de opiniones consultivas previstas en el segundo párrafo del art. 10 de la ley y opinar sobre la eventual procedencia de las notificaciones de operaciones de concentración económica;

(ii) recibir, tramitar e instruir las notificaciones de operaciones de concentración económica previstas en el art. 9º de la ley y autorizar, de corresponder, aquellas notificaciones que hayan calificado para el procedimiento sumario previsto en el cuarto párrafo del art. 10;

(iii) iniciar de oficio o recibir, tramitar e instruir las denuncias por la existencia de una operación de concentración económica que no hubiera sido notificada y deba serlo conforme la normativa aplicable, y opinar sobre la eventual procedencia de la notificación prevista en el art. 9º de la ley;

(iv) opinar sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de la operación notificada, conforme al art. 14 de la ley;

(v) opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por el TDC en relación con concentraciones económicas; y

(vi) desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, sea en el marco del proceso de notificación de operaciones de concentración

respecto, el documento citado en la nota 3). En igual se ha pronunciado la doctrina (ver, COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*, 2ª ed., Ciudad Argentina, 2009, p. 507).

(85) Cfr. art. 31 de la ley 27.442.

económica, de las opiniones consultivas o de las investigaciones de diligencias preliminares.

Asimismo, tanto la SICA como la SEC se encuentran facultadas para (86):

(i) recibir, agregar, proveer, contestar y despachar oficios, escritos, o cualquier otra documentación presentada por las partes o por terceros;

(ii) efectuar pedidos de información y documentación a las partes o a terceros, observar o solicitar información adicional, suspendiendo los plazos cuando corresponda;

(iii) dictar y notificar todo tipo de providencias simples;

(iv) conceder o denegar vistas de los expedientes en trámite, y resolver de oficio o a pedido de parte la confidencialidad de documentación;

(v) ordenar y realizar las pericias necesarias sobre libros, documentos y demás elementos conducentes de la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes;

(vi) propiciar soluciones consensuadas entre las partes; y

(vii) requerir al TDC la reserva de las actuaciones.

Cabe destacar que la ley 27.442 dispone, al igual que su antecesora (87), que “queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales” (88). Esta disposición resulta de fundamental relevancia, dado que diversas leyes otorgaron oportunamente facultades en materia de defensa de la competencia a ciertos organismos administrativos, como, por ejemplo, los entes reguladores de servicios públicos (89).

(86) Cfr. art. 32 de la ley 27.442.

(87) Ver art. 59 de la ley 25.156.

(88) Cfr. art. 82 de la ley 27.442.

(89) En lo que respecta a la interacción, y eventuales conflictos de competencias, entre la autoridad de aplicación antitrust y los entes reguladores sectoriales, pueden

Dado que la designación de los miembros de la ANC demandará un plazo de tiempo considerable, la ley 27.442 dispone que la autoridad de aplicación de las leyes 22.262 y 25.156 “subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia” (90).

A fin de evitar eventuales dudas interpretativas y conflictos de competencias, análogos a los que se suscitaban oportunamente al entrar en vigencia la ley 25.156, el dec. 480/2018 expresamente dispuso que: (i) la Secretaría de Comercio ejercerá todas las facultades y atribuciones de la ANC hasta que esta sea constituida y puesta en funcionamiento (91); y (ii) la CNDC continuará actuando en el ámbito de dicha secretaría hasta tanto la estructura organizativa de la ANC cuente con plena operatividad (92).

IV.4. Rendición de cuentas y control de la actividad de la ANC

Tal como lo ha destacado el Comité de Competencia de la OCDE, si bien es importante

verse los siguientes trabajos: ORLANSKI, Leonardo T., *Competencia y regulación*, Ad-Hoc, 2006; y AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Competencia y regulación”, en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, RAP, 2003, ps. 59 y ss.

(90) Cfr. art. 80 de la ley 27.442.

(91) Cfr. art. 5º del dec. 480/2018. El art. 28 del Anexo de dicho decreto, por su parte, establece que “la autoridad nacional de la competencia comenzará a ejercer las funciones establecidas en el art. 28, incs. a) a t) de la ley 27.442 a los sesenta (60) días de constituida, conforme el procedimiento estipulado en dicha ley, a excepción de lo establecido en los incs. k) y q), cuyas facultades y funciones serán ejercidas inmediatamente después de constituida. Durante ese período de transición de sesenta (60) días, el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá dictar, siguiendo las pautas establecidas por la ley 27.442 y por el presente decreto, su reglamento interno y toda otra norma que juzgue necesaria para el adecuado funcionamiento de la autoridad nacional de la competencia”.

(92) Cfr. art. 6º del dec. 480/2018. Mediante la res. 359/2018, el secretario de Comercio estableció las competencias a ser ejercidas por la CNDC durante el período de transición.

que las autoridades de aplicación sean independientes, también resulta necesario que estas rindan cuentas de sus actos y están sujetas a controles que las obliguen a operar dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable (93).

A tal fin, resulta fundamental que los actos de la autoridad de aplicación puedan ser objeto de una revisión judicial efectiva y amplia, que alcance tanto a los aspectos fácticos como jurídicos (94).

En relación con este punto, la ley 27.442 dispone que las resoluciones del TDC enumeradas en su art. 66 podrán ser apeladas en el plazo de 15 días hábiles, contados desde su notificación (95). El recurso tramita ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal (96), creada por la nueva ley, o

(93) Ver documentos citados en las notas 3 y 6.

(94) *Ibidem*.

(95) Cfr. arts. 66 y 67 de la ley 27.442. El art. 66 dispone que son susceptibles de apelación aquellas resoluciones que ordenen: a) la aplicación de las sanciones; b) el cese o la abstención de una conducta, conforme lo dispuesto en el art. 55 de la ley; c) la oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el Capítulo III de la ley; d) la desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) el rechazo de una solicitud de acogimiento al “régimen de clemencia”; y f) las medidas previstas en el art. 44 de la ley. Debe tenerse en consideración que la ley 25.156 contenía una disposición similar y la jurisprudencia interpretó que la enumeración de las resoluciones apelables no era taxativa y, por consiguiente, podían ser impugnadas todas aquellas decisiones que causaran un gravamen irreparable (ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., ps. 546 y ss.). Esta es, sin lugar a dudas, la interpretación que debe darse al art. 66 de la nueva ley, ya que no admitir el derecho a apelar una resolución que cause un gravamen irreparable implicaría una violación flagrante de la garantía de tutela judicial efectiva.

(96) Si bien la creación de esta sala especializada ha suscitado cierta controversia, a nuestro criterio la decisión adoptada por el legislador es positiva, en tanto dará lugar a una jurisprudencia coherente y con mayor sustento técnico, que incrementará la seguridad jurídica y contribuirá a consolidar el derecho antitrust en nuestro país, máxime teniendo en cuenta los gravísimos conflictos de competencia suscitados a partir de la sanción de la ley 25.156.

ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, y será concedido:

(i) con efecto suspensivo en el caso de las sanciones, previa constitución de un seguro de caución. La norma dispone, sin embargo, que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas podrá requerir el pago de la sanción, en los términos del art. 16 de la ley 26.854 (97), cuando considere que está en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a la posible insolvencia del sancionado; y

(ii) con efecto meramente devolutivo en el caso de las multas diarias establecidas en el art. 55 inc. d), las medidas precautorias previstas en el art. 44 y las restantes resoluciones apelables (98).

Consideramos loable que la norma, apartándose de lo oportunamente dispuesto en la ley 26.993 (99), no imponga el pago previo de las multas como requisito de admisibilidad del re-

(97) El art. 16 de la ley 26.854 dispone que “el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal”.

(98) Cfr. art. 67 de la ley 27.442.

(99) La ley 25.156, en su redacción original, disponía que la apelación de las sanciones tenía efectos suspensivos, sin exigir a tal fin la constitución de un seguro de caución. Ello fue modificado en 2014 mediante la ley 26.993, que impuso la obligación de depositar el monto de la multa impugnada con carácter previo a la interposición del respectivo recurso. Al respecto cabe destacar que, no obstante el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, la doctrina es conteste en afirmar que el requisito de pago previo de las multas, como condición para su impugnación judicial, es manifiestamente inconstitucional (cfr. AZZARRI, Juan Cruz, *Derecho penal administrativo argentino*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, ps. 72 y ss.; VEGA OLMOS, Jimena, “La exigencia de pago previo como requisito para la impugnación de actos administrativos que imponen sanciones”, *ReDA*, nro. 106, p. 694; LICHT, Miguel, “El efecto contaminante del *solve et repete* sobre pautas propias del derecho administrativo sancionador”, *LL 2000-C-98*; y MAMMONI, Gustavo A., “La inconstitucionalidad del *solve et repete* en materia de multas administrativas”, *LL 2013-C-542*.

curso de apelación. Pero no nos parece admisible que se exija con carácter general la constitución de un seguro de caución y se faculte a la autoridad de aplicación —en determinados supuestos— a reclamar judicialmente el pago de la multa no estando esta firme, en tanto ello violenta las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia (100). A fin de asegurar su cobro en aquellos casos en los que realmente existiera riesgo de insolvencia, bastaba con prever la posibilidad de que la ANC solicitara judicialmente un embargo o cualquiera de las medidas cautelares previstas a tales efectos en los códigos procesales, solución que hubiera dejado a resguardo el interés público sin afectar los derechos del presunto infractor.

En lo que respecta al control de los actos de la ANC, también es importante señalar que:

(i) la ley 27.442 no prevé la posibilidad de que las resoluciones del TDC sean revisadas o vetadas por el Poder Ejecutivo u órganos de la Administración centralizada, lo cual constituye un gran acierto, que contribuirá a otorgar mayor independencia a la nueva autoridad de aplicación (101); y

(ii) en su carácter de organismo descentralizado, la ANC integra el Sector Público Nacional (102) y, por consiguiente, se encuentra alcanzada por las disposiciones de la Ley de

(100) Cfr. art. 18 de la CN y arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(101) Al respecto, cabe recordar que en 2005 el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de modificación de la ley 25.156, que nunca fue aprobado, en virtud del cual se otorgaba al Ministerio de Economía la facultad de modificar las decisiones adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones económicas, en caso de considerar que se encontraba comprometido el interés general de la Nación. El proyecto fue muy cuestionado por la doctrina, con sustento en que, dependiendo de la interpretación subjetiva que hicieran las autoridades políticas del concepto de “interés general de la Nación”, cualquier concentración económica podría ser desaprobada, pese a haber sido autorizada por dicho tribunal (cfr. ARANOVICH, Fernando, “El proyecto de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 65, nro. 2, ps. 65 y ss.).

(102) Cfr. art. 8º de la ley 24.156.

Administración Financiera (ley 24.156 (103)) y sujeta al control tanto de la Sindicatura General de la Nación, como de la Auditoría General de la Nación (104).

La ley prevé, asimismo, mecanismos tendientes a dar publicidad y mayor transparencia a la actividad de la ANC, como ser la obligación de que las resoluciones definitivas del TDC sean inscriptas en el Registro Nacional de Defensa de la Competencia (que tiene carácter público)(105) y la posibilidad de que dicho tribunal convoque a audiencias públicas cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones(106).

(103) BO del 29/10/1992.

(104) Cfr. art. 18 del Anexo del dec. 480/2018, que también dispone que es obligación permanente e inexcusable del TDC “dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones”.

(105) Cfr. art. 28, inc. s), de la ley 27.442. Hubiera sido conveniente que la ley previera expresamente la posibilidad de consultar dicho registro a través de la página web de la ANC.

(106) Cfr. art. 47 de la ley 27.442.

V. Conclusiones

A la luz de todo lo expuesto en los capítulos precedentes, cabe concluir que el diseño institucional de la ANC se ajusta, en gran medida, a los parámetros generalmente aplicados en el derecho comparado y a las pautas recomendadas por la OCDE y la ONU, dotando a dicho organismo de un importante grado de independencia del poder político, del cual las autoridades de aplicación preexistentes nunca han gozado.

Ello, sin lugar a dudas, constituye uno de los cambios más importantes implementados por la ley 27.442, que contribuirá al progreso del derecho antitrust en nuestro país y brindará mayor seguridad jurídica en la aplicación de un régimen que en el pasado ha sido utilizado, en diversas ocasiones, con fines políticos.

No obstante lo expuesto —y sin perjuicio de otras observaciones de menor entidad efectuadas en este trabajo—, consideramos que resulta cuestionable el mecanismo de remoción de los miembros de la ANC previsto en la ley, el cual —debido a la deficiente técnica legislativa empleada— podría poner en riesgo la independencia del organismo.

La Autoridad Nacional de la Competencia: designación, funciones y facultades

GABRIEL H. LOZANO (*) Y ESTANISLAO H. OLMOS (**)

I. Introducción

La nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (la “LDC”) recientemente incorporó cambios significativos al marco normativo vigente en nuestro país. Son cambios que entendemos deberían habilitar el desarrollo de la práctica de defensa de la competencia, con marcado enfoque en la persecución de cárteles. La mayoría de las modificaciones introducidas ya fueron incorporadas exitosamente en la legislación comparada de los países vecinos(1). Ahora es el turno de Argentina.

En particular, la LDC procura mejorar el diseño institucional de la autoridad de aplicación, de modo de garantizar su independencia del poder político de turno. Este sano propósito, las alternativas disponibles en el derecho comparado y soluciones criollas, fueron objeto de largo debate doctrinario, judicial y a nivel parlamentario. En este aspecto, la LDC también apunta a asegurar la idoneidad de sus integrantes en temas de defensa de la competencia, tal como veremos más adelante.

(*) Socio a cargo del departamento de Defensa de la Competencia de Bruchou, Fernández Madero & Lombardi.

(**) Miembro del departamento de Defensa de la Competencia y del de Fusiones & Adquisiciones de Bruchou, Fernández Madero & Lombardi.

(1) Entre ellas la autorización previa a la toma de control por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y el incremento de los umbrales de notificación, como así también la incorporación de un programa de clemencia, entre otros.

Ambos objetivos son fundamentales si se pretende mejorar en la aplicación de normas que aseguren la libre competencia en beneficio del interés económico general, que es el principio consagrado en el art. 1° de la LDC. De nada serviría lograr solo uno de los objetivos.

Al respecto, recordemos que en 1999 la ley 25.156 estableció la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Ese tribunal habría de ser independiente y sus miembros resultarían de una selección a través de un concurso público de antecedentes y oposición. Casi 19 años luego del dictado de esa ley, ninguno de esos objetivos fue cumplido. Es más, en 2014 a instancias del Poder Ejecutivo Nacional de entonces mediante la ley 26.993 directamente se derogó ese diseño institucional(2).

(2) Conforme el art. 65 de la ley 26.993, en septiembre del año 2014, se modificó de plano la ley 25.156. En su reemplazo, se delegó enteramente en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de designar a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. El Poder Ejecutivo Nacional había designado como autoridad al entonces secretario de Comercio Interior. Así pasó tristemente a la historia el imperativo institucional de crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que el legislador había dispuesto en septiembre de 1999. En el transcurso de esos 14 años de incumplimiento institucional, la mayoría de la jurisprudencia tuvo como objeto principal resolver discusiones acerca del alcance de las facultades y competencias de distintos organismos públicos a los efectos de aplicar la ley 25.156 e incluso definir el fuero competente para entender en la materia.

La gravedad institucional derivada de la falta de constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia fue incluso resaltada en reiteradas ocasiones por miembros del Poder Judicial de la Nación. En particular, y al menos desde 2013 la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico —que frecuentemente debió analizar cuestiones vinculadas con la ley 25.156— observó expresamente esta anomalía institucional y envió oficios a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que ese tribunal requiera al Poder Ejecutivo Nacional la integración del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (3).

Ahora, se crea la Autoridad Nacional de la Competencia (la “ANC”) como autoridad de aplicación de la LDC. La ANC será un organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

El diseño institucional elegido incluye dentro de la ANC al Tribunal de Defensa de la Competencia (el “Tribunal”), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (la “Secretaría de Instrucción”) y la Secretaría de Concentraciones Económicas (la “Secretaría de Concentraciones”). A continuación también nos referiremos en forma conjunta a los titulares de cada una de ellas como los “secretarios”. A continuación evaluaremos las características generales de la ANC, comenzando por el análisis de los requisitos que sus miembros deberán tener, el procedimiento de su selección mediante concurso público, su composición, funciones y facultades a su cargo. Por último, efectuaremos algunas conclusiones.

(3) Entre otros fallos se pueden mencionar: “Sunesys SRL s/incidente de apelación en autos principales Telefónica de Argentina SA y Telefónica Móviles de Argentina SA s/infracción ley 25.156” (expte. nro. S01:0069364/2013 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) de fecha 23/5/2013. Causa nro. 64.209. Orden nro. 25.258; “Shell Compañía Argentina de Petróleo SA s/incidente de excepciones previas en autos principales: YPF SA, OPESSA SA, Shell CAPSA, ESSO SRL, Petrobras Energía SA y Oil Combustibles SA s/infracción ley 25.156” (expte. nro. S01:0165646/2012 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) de fecha 28/6/2013. Causa nro. 64.334. Orden nro. 25.319.

II. La ANC, el Tribunal y las Secretarías en la nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia y su decreto reglamentario 480/2018

II.1. La ANC

Como ya hemos indicado, uno de los elementos centrales de la LDC es la creación la ANC.

Tal como contemplaba la anterior ley 25.156, la ANC tendrá su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aunque podrá realizar sus funciones en cualquier lugar de la Argentina; al efecto la ANC puede designar delegados instructores. Esto último resulta claramente prudente a los efectos de poder actuar en el interior del país sin ningún tipo de restricciones, lo que debería facilitar su funcionamiento. Esta facultad ya estaba contemplada en la ley 25.156. [Pero hasta donde nos consta no tuvo una aplicación frecuente.

La presidencia, la representación legal y la administración de la ANC estarán a cargo del presidente del Tribunal.

Los miembros de la ANC son:

- Los cinco (5) integrantes del Tribunal (el presidente y los cuatro (4) vocales);
- El secretario instructor de Conductas Anticompetitivas; y
- El secretario de Concentraciones Económicas.

II.2. Requisitos para su designación

A todos los miembros de la ANC les aplican los siguientes requisitos —indicados en el art. 19 de la LDC—, a efectos de poder considerar su designación:

(a) Contar con suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia y gozar de reconocida solvencia moral, todos ellos con más de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión.

(b) Tener dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente y están alcanzados por las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública.

(c) No podrán desempeñarse o ser asociados de estudios profesionales que intervengan en el ámbito de la defensa de la competencia mientras dure su mandato.

(d) Excusarse por las causas previstas en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º y 10 del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los casos en los que tengan o hayan tenido en los últimos tres (3) años una participación económica o relación de dependencia laboral en alguna de las personas jurídicas sobre las que deba resolver.

Estos requisitos procuran una mayor especialidad y profesionalismo (idoneidad técnica) de los miembros de la ANC, como así también el cumplimiento de altos estándares de ética necesarios para actuar en forma independiente munido de las poderosas herramientas que contempla la LDC.

En particular, respecto de la idoneidad técnica de los miembros del Tribunal la LDC contempla que al menos dos (2) de ellos serán abogados y otros dos (2) con título de grado o superior en ciencias económicas. Este requisito ya se exigía en la ley 25.156.

Ello implica que uno de los miembros del tribunal puede ser un profesional de otra carrera, pero debe ser un profesional en ejercicio de su profesión. Ya que la LDC exige "...más de cinco en el ejercicio de la profesión..." Adicionalmente, a ese quinto profesional también le aplica el requisito de "...contar con suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia..." Lo indicado anteriormente aplica respecto de los secretarios, a quienes se les aplican los mismos requisitos.

Es decir, todos los candidatos a ser miembros de la ANC deben ser profesionales con experiencia acreditada en materia de defensa de la competencia. Esto reduce el universo de posibles candidatos a miembros de la ANC a los que el poder político de turno se pueda ver tentado a recurrir.

Por otro lado, para asegurar mayor independencia, la LDC mantiene el requisito de dedicación exclusiva. Y, además, para evitar toda duda agrega que los miembros de la ANC quedan

alcanzados por las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública.

Con relación al requisito identificado en el inc. c) del art. 19 de la LDC, entendemos que no es más que una explicitación del concepto de dedicación exclusiva contemplado en el apartado (b) de ese artículo. Es decir, para participar como miembro de la ANC el candidato debe dejar incluso de tener un rol pasivo en estudios profesionales que asesoran en la materia. El requisito refiere expresamente al carácter de asociados. Pero interpretamos que esa referencia tiene un alcance amplio, incluyendo cualquier otro esquema de asociación con esas organizaciones profesionales. En varios artículos de la LDC vinculados con este tema, el legislador utilizó el concepto de asociación, pertenencia, participación económica y relación de dependencia. Por este motivo, entendemos que se pretendió darle un sentido amplio. Naturalmente, la restricción aplica mientras dure su mandato.

Con relación a esta última restricción, pensamos que por su redacción el inc. d) del art. 19 es una causal de excusación durante el mandato "...en los casos en los que tengan o hayan tenido en los últimos tres (3) años una participación económica o relación de dependencia laboral en alguna de las personas jurídicas sobre las que deba resolver". Lamentablemente la técnica legislativa fue pobre en este aspecto, y esta disposición quedó ubicada en el artículo que establece los requisitos para la designación de candidatos. Así, interpretamos que este no es un requisito para poder aspirar a ser miembro de la ANC5, sino una causal de excusación —adicional a la contemplada por la ley anterior por las causas previstas en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º y 10 del art. 17 del Cód. Proc. Civ. y Com.— (4) que aplica a quienes ya son miembros de la ANC.

(4) La referencia a estas causales de excusación contempladas en el Cód. Proc. Civ. y Com. estaba prevista en el art. 18 de la ley 25.156, artículo que precedía al 19 donde se contemplaba el proceso de selección de los miembros del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. De ahí probablemente su incorrecta inclusión en este artículo.

Es decir, no debería interpretarse el art. 19, inc. d) como un evento de descalificación del candidato durante el proceso de selección. Caso contrario, se vería afectada seriamente la oportunidad de satisfacer los requisitos de idoneidad técnica. En este sentido, el art. 26 de la LDC, que trata acerca de las causales de remoción de los miembros de la ANC (ya en funciones), establece que procede la remoción si el miembro de que se trate (ya no se refiere a candidato) no se excusa cuando debió hacerlo conforme el art. 19, inc. d). De ese modo, ambas normas cobran sentido.

II.3. Nombramiento / Concurso público

El Poder Ejecutivo Nacional debe designar a los miembros de la ANC. El art. 20 impone ese mandato en el ejecutivo sin cortapisa. Más aún, atento el bien jurídico protegido por la norma y su tutela constitucional, es el Poder Ejecutivo Nacional quien debe adoptar los recaudos para promover la oportuna designación de los miembros de la ANC. Es decir, estimamos que no es una facultad del ejecutivo. Sino su obligación. No es opcional hacerlo. Y, por lo tanto, incumplir este mandato legal podría ser un incumplimiento de los deberes del funcionario público. Por otro lado, no hacerlo oportunamente resultaría llamativamente contradictorio con el declamado interés de promover la competencia en los mercados en Argentina.

Y esa designación se debe realizar previo concurso público de antecedentes y oposición.

El primer paso para iniciar ese procedimiento es doble: por un lado, la redacción del reglamento del concurso público para la designación de los miembros de la ANC (el “Reglamento”) y, por otro lado, la convocatoria al jurado (el “Jurado”) que intervendrá en la selección de los miembros.

Conforme el dec. 480/2018 (el “decreto”), tanto el dictado del Reglamento como la convocatoria al jurado quedó a cargo de la Secretaría de Comercio (y con la previa participación de la Secretaría de Empleo Público del Ministerio de Modernización).

Más aún, quizá para evitar caer en el pésimo antecedente de la ley 25.156, el decreto estable-

ció expresamente que la convocatoria al concurso público debía ser realizada por la Secretaría de Comercio dentro de los treinta (30) días (hábiles) a ser contados desde la fecha de publicación del decreto. El decreto fue publicado el 24 de mayo de 2018. El tiempo transcurrido hasta la fecha resulta poco auspicioso a la luz de experiencias pasadas.

En cuanto al Jurado, la LDC establece que será integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Ministro de Producción de la Nación, un representante de la Academia Nacional del Derecho y un representante de la Asociación Argentina de Economía Política (5).

El Jurado tendrá a su cargo la pre-selección de los candidatos a ocupar los distintos cargos de miembros de la ANC. A tal fin, deberá preparar ternas para cada uno de los cargos. La votación a los efectos de conformar esas ternas se definirá por el Jurado por mayoría simple de votos. El presidente del Jurado (que es el Ministro de Producción) definirá en caso de empate.

El mandato legal del Jurado es conformar las ternas con “...los postulantes que resulten más idóneos” (6). Se trata una tarea no menor, ya que el Poder Ejecutivo Nacional solo puede seleccionar miembros que hayan sido pre-seleccionados en ternas que apruebe el Jurado. Lo cual establece una cortapisa adicional a la influencia indeseada del Poder Ejecutivo Nacional respecto de la autoridad de aplicación.

Nada contempla la LDC respecto de la posibilidad de designar a más de un postulante de una misma terna. Entendemos que ello no es posible. El art. 20 de la ley establece que “...el jurado preseleccionará en forma de ternas para cada uno de los puestos de los miembros...” Entendemos que el Poder Ejecutivo Nacional solo debería designar a uno de cada terna.

(5) En el régimen de la ley 25.156 se contemplaba que el jurado incluiría adicionalmente a los presidentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación y al presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Entendemos acertado haber reducido el número de miembros de jurado y excluido de su composición a los miembros del poder legislativo que generalmente también formaban parte del partido oficialista.

(6) Conforme art. 20 del Anexo I del dec. 480/2018.

Esto plantea un desafío para el Jurado, y le agrega un factor aleatorio al proceso de selección. No solo debe definir quiénes integran la terna, sino qué terna corresponde a cada puesto de la ANC.

La LDC no indica qué sucedería si la cantidad de postulantes no permite conformar una terna para cada puesto de la ANC. Tener presente que si al menos se requieren tres (3) postulantes para cada función, el Jurado debe remitir al menos veintiún (21) postulantes. Se trata de un número demasiado alto ya que solo podrán participar quienes tengan acreditada experiencia (más de 5 años) en la materia de defensa de la competencia.

Tal vez por ese motivo el decreto establece que la ANC quedará constituida una vez que el Poder Ejecutivo Nacional haya designado al menos al presidente del Tribunal y a dos (2) de sus vocales, y a ambos secretarios (7).

El Jurado debe remitir los antecedentes de los postulantes a la Oficina Anticorrupción, a fin de que elabore un informe sobre cada postulante dentro de los diez (10) días siguientes. Hasta no obtener dicho informe, el Jurado no puede remitir la terna al Poder Ejecutivo Nacional. Una vez recibido dicho informe, el Jurado debe remitir la terna junto al informe de la Oficina Anticorrupción dentro de los cinco (5) días siguientes.

El informe previo de la Oficina Anticorrupción deberá expedirse acerca de los conflictos actuales y/o futuros de los postulantes a miembros de la ANC (8).

(7) Conforme art. 18 del Anexo I del dec. 480/2018. La ANC entrará en funciones a los sesenta (60) días de su constitución. En el ínterin, el Tribunal deberá dictar las normas internas y su presupuesto.

(8) Al efecto, durante el concurso público de antecedentes y oposición, el art. 20 de la LDC contempla que cada postulante deberá "...presentar una declaración jurada con los bienes propios, los del cónyuge y/o de los convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y demás previsiones del art. 6º de la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y su reglamentación; además deberán adjuntar otra declaración en la que incluirán la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren, o hayan integrado en los últimos cinco (5) años, la nómina de clientes o contratistas de los últimos cinco (5) años

Solo entonces el Poder Ejecutivo Nacional podrá designar en comisión a los miembros de la ANC, y solo si se trata de personas preseleccionadas en las referidas ternas.

Por lo tanto, hasta tanto no se haya dictado el reglamento para el concurso público de antecedentes y oposición, se hayan hecho las preselecciones de ternas y obtenido el informe de la Oficina Anticorrupción, el Poder Ejecutivo Nacional no podrá modificar la actual autoridad de aplicación interina (9).

Una vez producida la preselección, el Poder Ejecutivo Nacional deberá publicar por tres (3) días en el Boletín Oficial y en dos (2) diarios de circulación nacional, los nombres de las personas (10) y sus antecedentes y comunicar al respecto al Senado de la Nación. A partir de esta instancia la comunidad general podrá realizar observaciones respecto de los postulantes. Hacemos notar que el artículo que se refiere a las oposiciones aplica una vez que se haya hecho la publicación en el Boletín Oficial. Y dicha publicación solo procede una vez "...producida la preselección". Y aquí la norma no es clara. Entendemos que se trata de la remisión de las ternas por parte del Jurado. No de la designación en comisión por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Respecto de las oposiciones, la ley establece en su art. 22 que "...los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de consumidores y usuarios, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de

en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, los estudios de abogado, contables o de asesoramiento a los que pertenecieron según corresponda, y en general cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, de su cónyuge, de sus ascendientes y descendientes en primer grado, con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses".

(9) Transitoriamente en cabeza del secretario de Comercio con el soporte de la CNDC.

(10) El art. 21 de la LDC se refiere a las personas "...seleccionadas...", aunque debió referirse a las personas "preseleccionadas" para ser precisos ya que la designación requiere acuerdo del Senado (conf. art. 23 de la LDC).

quince (15) días a contar desde la publicación del resultado del concurso oficial, presentar ante el Ministerio de Producción de la Nación y ante la presidencia del Honorable Senado de la Nación, por escrito y de modo fundado y documentado, las observaciones que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección”.

Se trata de una legitimación amplia y sin mayores requisitos (oposición fundada y por escrito a ser presentada ante el Ministerio de Producción y el Senado de la Nación), lo cual facilitaría el amplio debate sobre las observaciones que las organizaciones de tercer orden puedan tener sobre los postulantes a desempeñarse como miembros de la ANC.

No está claro el objeto de someter la oposición al Ministerio de Producción. Si bien el ministro de esa cartera es el presidente del Jurado, la función del mismo terminó al someter la terna al Poder Ejecutivo Nacional. Solo el Poder Ejecutivo Nacional puede ponderar retirar la postulación ante el Senado de la Nación o dejar sin efecto la designación en comisión. Y solo es relevante al Senado de la Nación y al Poder Ejecutivo Nacional analizar la procedencia de las oposiciones a efectos de alcanzar el acuerdo del Senado; que es la condición formal para que un candidato pase a ser miembro de la ANC en forma definitiva.

Consideramos que el proceso de resolución respecto de las oposiciones recibidas por el Ministerio de Producción y el Senado de la Nación deberá ser materia a ser aclarada en el Reglamento. Por otra parte, estas deberían ser resueltas antes que el Senado de la Nación preste su acuerdo.

Los miembros de la ANC durarán en sus cargos cinco (5) años pudiendo ser reelegidos por una única vez. A fin de permitir una renovación “...escalonada y parcial...”, en la primera oportunidad en que se reúnan y por sorteo, se designarán a dos (2) de sus miembros que durarán solo tres (3) años en el cargo. De la redacción de los arts. 23 y 24 de la LDC, entendemos que la reelección solo requerirá del acuerdo del Senado de la Nación, sin necesidad de activar nuevamente todo el procedimiento de compulsión pública de antecedentes ni de oposición pública.

La LDC trae como novedad las causas expresadas por las cuales cualquier miembro del ANC cesará de pleno derecho en sus funciones (11). Y vuelve a incluir las causas de remoción (12) y/o suspensión preventiva (13).

Cualquiera de los miembros de la ANC podrá ser removido de su cargo por el Poder Ejecutivo Nacional cuando mediaren las causales indicadas, debiendo contar para ello con el previo dictamen no vinculante de una comisión ad hoc integrada por los presidentes de las comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados y de Industria y Comercio del Senado de la Nación, y por los presidentes de la Cámara de Diputados de la Nación y del Senado de la Nación. En caso de empate dentro de esta comisión ad hoc, desempatará el voto del presidente de la Cámara de Diputados de la Nación.

La International Bar Association (“IBA”) al presentar sus comentarios a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) en octubre de 2016 respecto de los miembros de la ANC mencionó que “...la ANC tendrá cinco miembros, designados por el Poder Ejecutivo Nacional y compuesto por un presidente y cuatro vocales que deberán tener experiencia en defensa de la competencia. Adicionalmente, dos de los miembros deberán ser economistas o tener un postgrado en economía. El requerimiento sobre que los miembros tengan suficiente experiencia ha sido previamente identificado por la Sección Internacional de Antitrust como una mejor práctica aplicable a todas las fases de los procedimientos de defensa de la competencia. Asimismo, la desig-

(11) Art. 25 de la LDC: renuncia, vencimiento del mandato, fallecimiento y remoción en los términos del art. 26 de la LDC.

(12) Art. 26 de la LDC: mal desempeño en sus funciones, negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos, incapacidad sobreviniente, condena por delito doloso, violaciones de las normas sobre incompatibilidad, no excusarse en los términos del art. 19, inc. d) de la LDC.

(13) Art. 27 de la LDC: Será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones aquel miembro de la Autoridad Nacional de la Competencia sobre el que recaiga auto de procesamiento firme por delito doloso. Dicha suspensión se mantendrá hasta tanto se resuelva su situación procesal.

nación de cinco miembros, un número impar, sirve para evitar que exista alguna chance de empate en las votaciones entre igual cantidad de miembros y debería promover la emisión de decisiones en tiempo. En ese sentido, el plazo de designación de cinco años, y que sea escalonado para los miembros ayudará a asegurar la continuidad...”

Es de esperar que este procedimiento de constitución de la ANC y la designación de sus miembros se lleve a cabo lo más pronto posible para que no quede en letra muerta como ya ha ocurrido anteriormente.

III. Organismo descentralizado y autárquico. Independencia

Es fundamental que la ANC sea independiente. Lo que se pretende es evitar la injerencia política en los asuntos a cargo del Tribunal y/o las Secretarías.

Para poder cumplir con sus objetivos, la ANC administrará en forma autónoma su propio presupuesto y podrá cobrar un arancel para la notificación de concentraciones económicas que será utilizado para cubrir gastos ordinarios de su administración, circunstancias estas ya previstas en la LDC (14).

Vale la pena hacer notar que si bien la preparación del presupuesto para la ANC ha recaído en el Tribunal, ambas Secretarías deben tener competencia y autonomía técnica y de gestión (ver arts. 30, 31 y 33 de la LDC) para llevar adelante sus facultades. Al efecto la LDC establece que las Secretarías deben contar con la estructura orgánica, personal y recursos necesarios para cumplir con ese objeto. De ello inferimos que no existe una relación de subordinación de las Secretarías en favor del Tribunal, sino que cada uno de ellos forma parte de la ANC pero con funciones diferenciadas aunque no delegadas.

No obstante lo anterior, al repasar más abajo las funciones y facultades del Tribunal y de cada

una de las Secretarías, se advertirá que el legislador incurrió en algunas contradicciones respecto del rol de cada uno de ellos.

En cualquier caso la independencia de los miembros de la ANC se verá reflejada en el día a día de sus actividades. En el análisis de los temas que caerán bajo su órbita los miembros deberán velar por el fiel cumplimiento de los objetivos de la LDC mostrando en todo momento imparcialidad, profesionalidad y libertad absoluta en la toma de decisiones.

La doctrina nacional destacaba en su momento la importancia de la autarquía e independencia. En efecto, los autores Guillermo J. Cervio y Esteban P. Rópolo, sostuvieron que “... la creación de un tribunal administrativo autárquico que tenga a su cargo la aplicación centralizada de la LDC en el ámbito administrativo tiene por objeto jerarquizar el órgano de aplicación de la misma, dotándolo de una independencia de criterio y una capacidad de maniobra respecto del Poder Ejecutivo Nacional con los que la CNDC no pudo contar durante buena parte de su historia...” (15).

Todo esto también fue resaltado por la IBA en sus comentarios de octubre de 2016. En particular, indicó que el tema de la nueva ANC era realmente muy importante por cuanto se indicó que “...constituir una entidad autónoma, independiente y descentralizada... que mejore la imparcialidad, junto con la eficiencia y precisión, son los pilares para asegurar una autoridad de aplicación efectiva...” (16).

Por último, también la IBA resaltó el límite impuesto al Poder Ejecutivo Nacional para remover a los miembros de la ANC, lo que redundará en una mayor independencia de esta última. Sin embargo, señaló con preocupación —que compartimos— que la primera de las causales de remoción (mal desempeño en sus

(15) *Ley 25.156 de defensa de la competencia: comentada y anotada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 471.

(16) INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, “Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law to the National Commission for the Defense of Competition on the Draft Legislative Proposal to Update the Rules and Institutions for the Defense of Competition in the Argentine Republic”, p. 2 (traducción libre al Español nuestra).

(14) Art. 33 de la LDC: “...Los interesados que, bajo el Capítulo III de la presente ley, inicien actuaciones ante la Autoridad Nacional de la Competencia, deberán abonar un arancel que no podrá ser inferior a cinco mil (5.000) ni superar las veinte mil (20.000) Unidades Móviles establecidas en el art. 85 de la presente ley”.

funciones) es muy vaga y que podría dar lugar a remociones basadas en controversias entre el Poder Ejecutivo Nacional y la ANC (17). Más aun contemplando que es también una causal de remoción la negligencia reiterada que dilate la sustanciación de procesos.

Por lo tanto, el concepto de mal desempeño en sus funciones parecería referirse a algo distinto que al cumplimiento de plazos procesales. Lamentablemente esta observación de la IBA no fue tenida en cuenta por los legisladores que incluyeron nuevamente las mismas causales de remoción que las previstas originariamente en la ley 25.156. El tiempo dirá si el Poder Ejecutivo Nacional usará o no esta causal para remover a los miembros cuando simplemente lo desee por cuestiones políticas, máxime cuando el dictamen previo de la comisión *ad hoc* no es vinculante (18).

Un dato no menor es que tanto la Sindicatura General de la Nación como la Auditoría General de la Nación supervisarán toda la actuación de la ANC.

Tal como indicado en el art. 18 del decreto "...Es obligación permanente e inexcusable del Tribunal de Defensa de la Competencia dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones..."

De esta manera, el decreto cumple con los objetivos de la Sindicatura de la Nación (al garantizar el efectivo acceso a la información pública (19) y a la transparencia de la gestión

(17) INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, "Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law to the National Commission for the Defense of Competition on the Draft Legislative Proposal to Update the Rules and Institutions for the Defense of Competition in the Argentine Republic", p. 3.

(18) Siendo el sistema originariamente previsto por la ley 25.156 mejor en cuanto una menor injerencia del poder político por cuanto implicaba que un jurado analizaría los casos de remoción por acusación del Poder Ejecutivo Nacional (confr. art. 20, ley 25.156).

(19) Circunstancia esta que podrá colisionar con los pedidos de confidencialidad de documentación a ser resueltos por los secretarios y/o la reserva de las actuaciones a ser resueltas por el Tribunal, respecto de los trámites a su cargo, aunque parecería que el alcance

pública) y de la Auditoría General de la Nación (para el control externo del sector público nacional vinculado con el uso eficiente, económico y eficaz de los recursos públicos).

IV. Funciones y facultades del Tribunal

La principal función y/o facultad del Tribunal es ser el órgano decisorio respecto de las recomendaciones que le eleven las Secretarías dentro del marco de sus respectivas funciones y facultades.

Asimismo, a nuestro criterio podemos dividir las facultades más importantes del Tribunal conforme sigue:

— Concentraciones económicas:

El Tribunal es quien resuelve sobre la (i) autorización; (ii) subordinación; y (iii) rechazo de las operaciones de concentración económica que deban ser notificadas por los particulares (cfr. art. 14 y 28, inc. b) de la LDC).

El Tribunal, en caso de considerar que una operación bajo análisis tiene la potencialidad de distorsionar o restringir la competencia de modo que pueda resultar un perjuicio al interés económico general, debe comunicar sus objeciones mediante informe fundado y citar a las partes a una audiencia a los efectos de considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo identificado. Debe tenerse presente que este informe fundado debe darse a conocer al público en general. Asimismo, en tal caso el plazo de cuarenta y cinco (45) días que tiene el Tribunal para resolver, puede extenderse hasta ciento veinte (120) días adicionales.

Consideramos que la inclusión de esta audiencia es muy positiva ya que evitará la imposición de condicionamientos sin antes tener la oportunidad de ser oídos, y que al habilitar el informe fundado de objeciones al público en general, estos a su vez podrán nutrir a la ANC de las observaciones que les merezcan el alcance de las objeciones identificadas.

El Tribunal también dispondrá el procedimiento por el cual podrá emitir una opinión

_____ dado en el art. 18 del decreto se refiere exclusivamente a temas administrativos de la ANC.

consultiva, una resolución para casos de diligencias preliminares y un procedimiento sumario (*fast track*) para concentraciones económicas que no generen mayores inconvenientes (art. 10 de la LDC).

También tenemos que resaltar en este marco la creación del Registro Nacional de Defensa de la Competencia. El Tribunal tendrá la tarea de administrarlo y actualizarlo, y será de acceso público. No obstante, estimamos conveniente que, más allá de la información allí disponible, el Tribunal debería dar a conocer un boletín informativo anual con un resumen de todo lo actuado, con especial énfasis en destacar los temas sobresalientes como ser —entre otros— los cambios de interpretación sobre la aplicación de la LDC. Esta jurisprudencia administrativa cumplirá así también el efecto buscado sobre promover el estudio y la investigación en materia de competencia. De otro modo, esa información podría convertirse en un semi privilegio al que acceden contados profesionales.

— *Casos de conductas anticompetitivas:*

Por su parte, también corresponde destacar que el Tribunal es quien debe otorgar el beneficio de la exención de aplicación de las sanciones de multa y/o reducción de las mismas en el marco del programa de clemencia previsto en el Capítulo VIII de la LDC. A tal fin, y para un mejor entendimiento de este programa y su implementación práctica tendremos que esperar a que se reglamente el programa de clemencia, el cual deberá dejar en claro todos los procedimientos y plazos que deberán cumplir los interesados en participar en dicho programa. Vale la pena destacar que el régimen de clemencia ya está vigente aunque el Tribunal aún no fue constituido (20).

El otro tema saliente a cargo del Tribunal es la novedad introducida en el art. 29 de la LDC, a través del cual este podrá emitir permisos para la celebración de contratos entre compe-

(20) Nótese que conforme el art. 1º y el Anexo de la res. 359/2018 de la Secretaría de Comercio, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es quien debe llevar adelante la instrucción del procedimiento previsto en el art. 60 de la LDC, desde el momento de la solicitud del marcador y hasta el otorgamiento del beneficio definitivo establecido en el dec. 480/2018.

tidores que contemplen conductas incluidas en el art. 2º de la LDC. Esto claramente es una excepción al principio —ahora receptado legislativamente— sobre la existencia de conductas prohibidas *per se* (aquellas incluidas en el art. 2º de la LDC). Para decidir de esta manera, el Tribunal deberá verificar el cumplimiento de ciertas condiciones pro-competitivas indicadas en el decreto (21). Estimamos útil que esas resoluciones (al menos en forma adaptada para preservar la confidencialidad) sean de carácter público y de acceso a todos los interesados en forma oportuna y ordenada.

El art. 44 de la LDC contempla la facultad para establecer u ordenar el cese o la abstención de conductas y dependiendo de su gravedad ordenar las medidas que considere más aptas para prevenir una grave lesión.

Las otras funciones y facultades del Tribunal se encuentran detalladas en forma enunciativa en el art. 28 de la LDC y también en varias partes de la LDC. Entre ellas citamos a modo de ejemplo la de formular el presupuesto anual (vinculado directamente con la independencia del Tribunal conforme ya indicado), suspender los plazos procesales, realizar estudios e investigaciones de mercado, elaborar su reglamento interno, propiciar soluciones consensuadas entre las partes, llevar el Registro Nacional de Defensa de la Competencia (de público acceso).

V. Funciones y facultades de la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas

La principal de todas ellas es precisamente la de ser el órgano instructor respecto de las denuncias de conductas anticompetitivas. Y obviamente, la facultad de proponer al Tribunal las sanciones previstas en el Capítulo VII de la LDC.

(21) Art. 29 del dec. 480/2018: a. Que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios; b. Que fomenten el progreso técnico o económico; c. Que generen beneficios concretos para los consumidores; d. Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos establecidos en los incs. a), b) y c); y e. Que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión.

A tal fin, tiene facultades decisorias respecto de algunas cuestiones procesales tales como recibir las denuncias, ordenar el traslado previsto en el art. 38 de la LDC (para que la parte investigada pueda presentar sus explicaciones) como así también resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario (art. 39 de la LDC), producir la prueba que sea necesaria (entre ellas podrá citar y celebrar audiencias y/o careos —eventualmente requerir el auxilio de la fuerza pública—, realizar pericias, inspecciones o allanamientos, para lo cual en este último caso deberá solicitarla al juez competente (al igual que el dictado de medidas cautelares) y proponer al Tribunal las imputaciones.

Es destacable que exista un secretario y que tenga autonomía técnica y de gestión (que incluye tanto personal adecuado y especializado como así también recursos para llevar adelante las investigaciones). Esto claramente redundará en mayor profesionalismo de cada uno de los integrantes de esta área.

VI. Funciones y facultades de la Secretaría de Concentraciones Económicas

La principal de todas ellas es la de llevar a cabo la tramitación y análisis de las concentraciones económicas que se notifiquen. El cambio normativo respecto de la notificación y autorización en forma previa a la toma de control implicará, una vez que entre en vigor, que todas las luces se encuentren enfocadas en esta Secretaría para verificar si los plazos previstos en la nueva LDC se cumplirán.

También deberá opinar sobre las opiniones consultivas presentadas para su consideración, sobre las diligencias preliminares y sobre el procedimiento sumario (*fast track*). Sobre este último punto, también se permite al secretario de esta área a autorizarlas (art. 31, inc. b) de la LDC) (22).

(22) Tener presente que en los incs. a), b) y c) del art. 31 de la LDC hay una remisión errónea a ciertos párrafos del art. 10 de la LDC. En efecto, en el inc. a) cuando remite al segundo párrafo del art. 10 de la LDC en realidad debió haber remitido al primer párrafo de ese art. 10; en el inc. b) cuando remite al cuarto párrafo del art. 10 de la LDC, en realidad —y toda vez que no existe el mencionado cuarto párrafo— debió haber remitido al tercer párrafo del art. 10 de la LDC; y por último en el inc. c)

Ahora resultará de vital importancia el tiempo de análisis por la Secretaría y autorización final por parte del Tribunal para que las partes notificantes puedan finalmente tomar el control. A tal fin también será muy importante que este órgano efectivamente cuente con autonomía técnica y de gestión (que incluye tanto personal adecuado y especializado como así también recursos para llevar adelante sus tareas).

Esto no solo redundará en mayor profesionalismo de cada uno de los integrantes de esta área sino que la tramitación forma previa y dentro del tiempo indicado por la LDC colocará a nuestro país en línea con la mayoría de las legislaciones del mundo. Un gran desafío tanto para esta Secretaría como para el Tribunal será el de cumplir acabadamente con los plazos para el análisis y aprobación de las concentraciones económicas (en el mismo sentido resolver las opiniones consultivas y diligencias preliminares) y evitar las demoras innecesarias ya padecidas en el marco de la ley 25.156.

VI.1. Algunas apostillas sobre posibles contradicciones reales o aparentes entre las diferentes funciones y facultades del Tribunal y las Secretarías

No podemos dejar de soslayar el hecho que la LDC al referirse a la autoridad de aplicación (p. ej. en el Capítulo IV) se refiere a ella como “Autoridad de aplicación”. Sin embargo, a lo largo de la LDC el legislador omitió una definición homogénea y, por ende, quedaron diferentes referencias a saber:

“*Autoridad Nacional de la Competencia*”: arts. 9º, 12, 13 y 17 (Capítulo III); arts. 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30 y 31 (Capítulo IV); arts. 55 y 59 (Capítulo VII); art. 60 (Capítulo VIII); arts. 72 y 73 (Capítulo XII); arts. 80, 84 y 85 (Capítulo XIV) y art. 87 (Cláusulas Transitorias).

“*Autoridad de aplicación*”: arts. 35, 66 y 80 (Capítulos VI, X y XIV respectivamente).

“*Autoridad*”: art. 55, inc. c) (Capítulo VII).

“*Autoridad*”: arts. 14, 34 y 83 (Capítulos III, VI y XIV respectivamente).

cuando remite al tercer párrafo del art. 10 de la LDC en realidad debió haber remitido al segundo párrafo del art. 10 de la LDC.

Por último, y no por ello menos relevante es el hecho de existir algunas potenciales contradicciones, las que de ser tales, deberían ser resueltas en forma inmediata por la ANC para evitar incongruencias y/o superposiciones entre las diferentes áreas de la ANC y facilitar la uniformidad de criterio dentro de la ANC.

A modo de ejemplo, resaltamos las siguientes:

El art. 28 de la LDC le concede la facultad al Tribunal de “desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones” (ver inc. r)], y al mismo tiempo el inc. j) del art. 30 le otorga similar facultad a la Secretaría de Instrucción.

En el mismo sentido, parecería que la Secretaría de Instrucción podría desarrollar cualquier acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de investigaciones de mercado, cuando en realidad los estudios e investigaciones de mercado parecen corresponder a la órbita del Tribunal (ver art. 28, inc. f) y art. 30, inc. j)).

Se faculta tanto al Tribunal como a la Secretaría de Instrucción a acudir a la justicia. Ello es así por cuanto según el art. 28 inc. 1º, el Tribunal tiene la facultad de “promover e instar acciones ante la Justicia”, mientras que la Secretaría de Instrucción podrá “acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial, la que será solicitada ante el juez competente”, así como “solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes”, según los incs. e) y f) del art. 30 de la LDC.

Tanto el art. 28, inc. o) de la LDC como el art. 32 en su inc. f) habilitan, el primero de ellos al Tribunal y el segundo a los secretarios a proponer soluciones consensuadas entre las partes.

Asimismo, se le concede al Tribunal la facultad de suspender los plazos de la LDC (art. 28 inc. m]) y si bien se indica en forma genérica y tan solo parecería ser de aplicación en los pedidos de informes y/o documentación a terceros ambos, secretarios también podrían suspender los plazos de corresponder (ver art. 32, inc. b)).

Parecería que la Secretaría de Concentraciones puede autorizar las operaciones catalogadas como *fast track* (ver art. 31, inc. b]) cuando por otro lado se dispone que es el Tribunal el órgano decisor y quien debería autorizar las concentraciones económicas conforme lo dispuesto en el art. 14, inc. a) y art. 28 inc. b) de la LDC.

VII. Conclusiones

A continuación detallamos lo que consideramos como los puntos más salientes:

— La búsqueda de constituir a la ANC, independiente del poder político y especialista en la materia, es una excelente noticia que deberá ser implementada a la brevedad para evitar caer nuevamente en la desolación y contradicciones que padecemos desde el dictado de la ley 25.156.

— Es vital que todos los procedimientos —ya sean vinculados con una concentración económica o con la investigación de conductas anticompetitivas— sean analizados y resueltos en los plazos previstos por la LDC. Hay que evitar las demoras innecesarias —tanto del sector privado como del público— en la tramitación de los distintos expedientes. A tal fin, aplaudimos la incorporación del trámite sumario (*fast track*) para el análisis de concentraciones económicas.

— La incorporación del programa de clemencia deberá ser reglamentado minuciosamente para evitar malos entendidos durante su tramitación y que el programa tenga el éxito que se espera al igual que en los demás países en donde fue implementado.

— Una vez que esté constituida la ANC instamos a sus miembros que al dictar la reglamentación propia de esta autoridad intente resolver las aparentes o reales contradicciones que surgen de la lectura de la LDC. Ello, a fin de evitar futuras nulidades, dilaciones de los procesos y que se vea frustrado el objetivo de tener una ANC de similares características a las otras autoridades de defensa de la competencia de la región y del mundo, con especial foco en la tan mentada independencia.

La Secretaría de Concentraciones Económicas: características y desafíos

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MACÍAS (*)

I. Introducción

Con gran expectativa hemos recibido a la nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia y revivido los deseos de consolidación institucional de un organismo que juega un rol fundamental en el desarrollo y sano crecimiento de la economía nacional.

Tanto el diseño institucional, la independencia presupuestaria, así como el proceso de selección de los funcionarios que integrarán la "Autoridad Nacional de la Competencia" (autoridad de aplicación), resguardan, a mi juicio, las garantías de independencia e imparcialidad que, sin duda alguna, resultan necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones y el logro de los objetivos propuestos por la ley.

La selección mediante concurso público ante un jurado, con posibilidad de recibir oposiciones y el requerimiento de que la designación cuente con el acuerdo del Senado, contribuirán a profesionalizar la tarea. Sin embargo, no quiero ser pesimista, será muy importante no repetir las frustraciones del pasado y avanzar rápidamente en las designaciones de los miembros

de la autoridad de aplicación, asegurando su rápida y plena operatividad, con el firme propósito de evitar, una vez más, que la ley caiga en letra muerta.

Por ahora, y hasta que la autoridad aplicación entre en funciones, la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) continuará actuando en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción con su estructura actual (1).

La nueva autoridad de aplicación (2) está en línea y reconoce las características atribuidas a las modernas autoridades de defensa de la competencia de los países desarrollados.

Dentro de dicha autoridad "...funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas".

En tal sentido, resultan miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia (i) el presidente y los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, (ii) el secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas, quien será el titular de la Secretaría de Instrucción de Conductas y (iii) el secretario de Concentraciones Económicas, quien será el titular de la Secretaría de Concentraciones Económicas.

(1) Dec. 480/2018, reglamentación ley 27.442, art. 6°.

(2) Art. 18, ley 27.442. "Créase la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley".

(*) Abogada (Universidad de Buenos Aires - Argentina). Especialista en Derecho Económico Empresarial - Management (FDP SDA Bocconi - Milán Italia). Socia a cargo del Departamento de Antitrust y Propiedad Intelectual del Estudio Brons & Salas. Profesora de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Ha participado y coordinado publicaciones relativas a antitrust y IP, así como numerosas actividades, seminarios y conferencias relativos a tales materias. Para acceder a su CV completo: <http://www.brons.com.ar>.

En esta oportunidad, efectuaremos algunas consideraciones en cuanto a las características del cargo del secretario de Concentraciones Económicas y los importantes desafíos a los que se enfrentará.

II. Secretaría de Concentraciones Económicas. Perfil, funciones y desafíos

II.1. Perfil

El secretario de Concentraciones Económicas deberá contar con suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia y gozar de reconocida solvencia moral, con más de cinco años en el ejercicio de la profesión.

Deberá ejercer su cargo de manera exclusiva durante la vigencia de su mandato, salvo actividades académicas y estará alcanzado por las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la ley 25.188 de Ética Pública.

A los fines de preservar la imparcialidad, se exige su excusación en caso de parentesco, interés personal en la transacción o su resultado, relación con alguna de las partes, entre otros, de conformidad con las causales del art. 17 (3) del Cód. Proc. Civ. y Com. y en los casos en los que tenga o haya tenido, en los últimos tres años,

(3) Cód. Proc. Civ. y Com. Art. 17.— “Serán causas legales de recusación: 1) El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados. 2) Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima. 3) Tener el juez pleito pendiente con el recusante. 4) Ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales. 5) Ser o haber sido el juez autor de denuncia o querrela contra el recusante, o denunciado o querrellado por este con anterioridad a la iniciación del pleito (...) 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado. 8) Haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes. 9) Tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato. 10) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto”.

una participación económica o relación de dependencia laboral en alguna de las personas jurídicas sobre las que deba resolver.

En cuanto a la duración en el cargo, es de cinco años y podrá ser reelegidos por única vez.

El secretario de Concentraciones Económicas podrá ser removido de su cargo, por las siguientes causales:

- a) Mal desempeño en sus funciones;
- b) Negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos;
- c) Incapacidad sobreviniente;
- d) Condena por delito doloso;
- e) Violaciones de las normas sobre incompatibilidad;
- f) No excusarse en los presupuestos previstos en la ley.

Asimismo, será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones cuando esté procesado por delito doloso y dicha suspensión se mantendrá hasta tanto se resuelva su situación procesal.

Desde la perspectiva de su nombramiento, posibles casuales de remoción, correcta vía de designación, estabilidad del cargo, etc., es claro que el nuevo régimen resguarda la independencia e imparcialidad que debe tener el secretario de Concentraciones Económicas.

En cuanto a su funcionamiento, tiene competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes de notificación de concentraciones económicas, diligencias preliminares y opiniones consultivas establecidas bajo el Capítulo III de la ley (Concentraciones Económicas) y deberá contar con la estructura orgánica, personal y recursos necesarios para el cumplimiento de su objeto.

II.2. Funciones y desafíos

Seguidamente, consideraremos las funciones de la Secretaría de Concentraciones Económicas, su alcance y los desafíos a los que deberá enfrentarse, especialmente durante el primer período de la vigencia del cargo, ya que serán

definitorios del rumbo y consiguiente consolidación institucional.

a) Recibir, tramitar e instruir las solicitudes de opiniones consultivas previstas en el art. 10(4) de la ley y opinar sobre la eventual procedencia de las notificaciones de operaciones de concentraciones económicas, conforme las disposiciones del art. 9º (5) de la ley.

Las opiniones consultivas, ahora con jerarquía legal Vs. el viejo régimen(6), posibilitan que cualquier interesado pueda consultar si determinado acto encuadra en la obligación de notificar. La autoridad de aplicación emitirá la opinión consultiva, de acuerdo con la evaluación y consejo del secretario de Concentraciones Económicas. La opinión que se emita será inapelable.

Esta modalidad de consulta es muy importante, pues permite conocer los criterios de la autoridad de aplicación. Juega un rol de suma importancia como un manual de interpretación

(4) Ley 27.442, art. 10 “El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual podrá emitir una opinión consultiva, a solicitud de parte, que determinará si un acto encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley. Dicha petición será voluntaria y la decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia será inapelable.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual determinará de oficio o ante denuncia si un acto que no fue notificado encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley.

El Tribunal de Defensa de la Competencia establecerá un procedimiento sumario para las concentraciones económicas que a su criterio pudieren tener menor probabilidad de estar alcanzadas por la prohibición del art. 8º de la presente ley”.

(5) Ley 27.442, art. 9º. “Los actos indicados en el art. 7º de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia. Los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación con terceros una vez cumplidas las previsiones de los arts. 14 y 15 de la presente ley, según corresponda...”.

(6) Dec. 89/2001 y res. 26/2006 de la Ex Secretaría de coordinación Técnica.

y pautas que a lo largo de los años, contribuirán a delinear alcance de ciertos preceptos legales.

Por tal motivo, será de suma importancia que la Secretaría de Concentraciones Económicas, como órgano técnico y asesor del Tribunal de Defensa de la Competencia, inste a que el procedimiento de opinión consultiva revista las siguientes características:

- que sea ágil posibilitando la emisión de una opinión consultiva en un corto período de tiempo.
- que prevea la publicación de *todas* las opiniones consultivas emitidas.
- que permita efectuar solicitudes con cierto grado de abstracción, de manera que se preserve la confidencialidad, pero que permita que la opinión consultiva pueda ser mostrada públicamente, contribuyendo en la formación de una completa jurisprudencia en la materia.

b) Recibir, tramitar e instruir las notificaciones de concentraciones económicas previstas en el art. 9º de la ley y autorizar, de corresponder, aquellas notificaciones que hayan calificado para el procedimiento sumario previsto en la ley.

El nuevo régimen ha adoptado un umbral (con base objetiva y actualizable anualmente) para determinar la obligatoriedad de notificar. Es esperable que sobre la base de dichos nuevos umbrales, la Secretaría de Concentraciones Económicas analice transacciones que sean lo suficientemente trascendentes desde el punto de vista del mercado y la competencia.

Contrariamente a lo que se ha experimentado hasta ahora, quedarán afuera aquellas transacciones poco significativas y no preocupantes desde la óptica de la competencia, que distraían los recursos existentes y generaban terribles demoras hasta la resolución.

El sistema de notificación de concentraciones económicas debe ser un mecanismo ágil, no burocrático, serio y eficiente que acompañe el desarrollo de la economía. Este deberá ser el norte de la Secretaría de Concentraciones Económicas, especialmente bajo el nuevo régimen,

que implementa el control previo de concentraciones. En consecuencia, el cierre de una transacción quedará sujeto a la resolución por parte de la autoridad de aplicación (7).

Asimismo, la implementación del mecanismo de *fast-track* previsto en el art. 10 de la ley para las concentraciones económicas que pudieran tener menor probabilidad de estar alcanzadas por la prohibición de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general, será de gran ayuda para evitar dilaciones innecesarias que afecten la seguridad jurídica y previsibilidad que requieren la inversión y desarrollo económico.

En cuanto al marco temporal, también la Secretaría de Concentraciones Económicas enfrenta uno de los desafíos más importantes para evitar que colapse nuevamente el sistema: reducir al máximo el período de revisión de las transacciones notificadas.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia prevé que la autoridad de aplicación emita una decisión no más allá de 45 días hábiles a partir de la notificación de la transacción, siempre y cuando dicha notificación esté completa y con datos certeros (8).

(7) Ley 27.442, art. 9°.

(8) Ley 27.442, art. 14 “En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo y dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto, la autoridad, por resolución fundada, deberá decidir...”.

En los casos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia considere que la operación notificada tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, previo a tomar una decisión comunicará a las partes sus objeciones mediante un informe fundado y las convocará a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. Dicho informe deberá ser simultáneamente puesto a disposición del público.

En los casos indicados en el párrafo precedente, el plazo de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia podrá extenderse por hasta ciento veinte (120) días adicionales para la emisión de la resolución, mediante dictamen fundado. Dicho plazo podrá suspenderse hasta tanto las partes respondan a las objeciones presentadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para aquellos casos en que exista la posibilidad de afectar el interés económico general, este término puede extenderse hasta por 120 días hábiles adicionales. Por lo tanto, el nuevo régimen ofrece un marco temporal de 8 meses aproximadamente para analizar concentraciones económicas potencialmente problemáticas. La experiencia nos permite sostener que la gran mayoría de los antecedentes corresponden a transacciones que no afectan significativamente el funcionamiento del mercado, de manera tal que esta ampliación del plazo de 45 días debería ser excepcional.

Asimismo, si bien es posible que se requiera a las partes de la transacción o bien a terceros información adicional (9), dichas interrupciones deberán ser restringidas al máximo, incluso la Secretaría debería obligarse a conseguir dicha información de fuentes públicas confiables que le permitiesen avanzar sin la necesidad de esperar respuesta de terceros, que muchas veces no resultan satisfactorias ni suficientes a los fines de la revisión. Incluso evitar pedir informa-

El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado el acto de concentración en cuestión, de considerar que no cuenta con la información y antecedentes —generales o adicionales— presentados de modo completo y correcto. No obstante, ante la falta de dicha información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva esta ley.

La dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables.

(9) Ley 27.442, art. 17. “Cuando la concentración económica involucre servicios que estuvieren sometidos a regulación económica del Estado Nacional a través de un ente regulador, la Autoridad Nacional de la Competencia requerirá al ente regulador respectivo una opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en la que indique: (i) el eventual impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o (ii) sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. La opinión se requerirá dentro de los tres (3) días de efectuada la notificación de la concentración, aun cuando fuere incompleta, pero se conocerán los elementos esenciales de la operación. El requerimiento no suspenderá el plazo del art. 14 de la presente ley. El ente regulador respectivo deberá pronunciarse en el término máximo de quince (15) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta operación. Dicho pronunciamiento no será vinculante para la Autoridad Nacional de la Competencia”.

ción que muchas veces, pese a ser información de rutina, resulta infructuosa a los fines de la evaluación.

Incluso la propia ley dispone que ante la falta de información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva la ley (10).

No hay duda de que la implementación de un sistema de control previo exige la máxima eficiencia por parte de los funcionarios. Incluso, la dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables.

Seguramente la posibilidad de la aprobación tácita (11) contribuirá a acelerar los procesos. Si bien el régimen previo contenía esta previsión, no tuvo aplicación práctica pues no se preveía un acto de la autoridad que diera certidumbre a tal modalidad de aprobación.

Ahora, mediante la emisión de un certificado se debería superar dicha circunstancia dando a las partes la seguridad de que el proceso se ha agotado y que con la autorización tácita podrán avanzar en la concreción de la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, será necesario que, de manera inmediata tras la designación, se elaboren y emitan reglas complementarias delineando los límites sobre las facultades de la Secretaría para requerir información a las partes de una transacción o a terceros, así como la forma en que esto afectaría la temporalidad de la revisión (12). Especialmente disponer que

haya un límite de pedidos de información adicional, idealmente solo uno.

Es evidente que la falta de respeto de los plazos generará no solo el fracaso del sistema de control de estructuras del mercado, sino que además afectará negativamente la dinámica de los negocios, generando el retraso de acuerdos y contratos internacionales.

En virtud de lo anterior, las partes involucradas se verán obligadas a explorar soluciones alternativas para evitar dichos inconvenientes. Por ejemplo, retrasando el cierre del acuerdo en Argentina, o bien implementando una retirada de activos locales. En otras palabras, nos quedamos afuera...

En la concreción de este objetivo, sería adecuado aprovechar las relaciones existentes entre agencias de competencia de otros países de la región para obtener experiencia e intercambiar ideas. Por ejemplo, la manera en que las agencias de Chile y Brasil se han preparado y han afrontado el sistema de control ex ante, así como las dificultades que han experimentado y las medidas correctivas que debieron implementar para lograr los objetivos de sus leyes en línea con las exigencias de la economía y el comercio.

c) Iniciar de oficio o recibir, tramitar e instruir, conforme lo dispuesto bajo el tercer párrafo del art. 10 de la presente ley, las denuncias por la existencia de una operación de concentración económica que no hubiera sido notificada y deba serlo conforme la normativa aplicable, y opinar sobre la eventual procedencia de la notificación prevista en el art. 9º de la ley.

En cuanto a la facultad de determinar, ya sea de oficio o por denuncia, si un acto que no fue notificado encuadra en la obligación de notificar, es algo que ya estaba en práctica bajo el viejo régimen, mediante las llamadas diligen-

(10) Ley 27.442, art 14.

(11) Ley 27.442, art. 15. "Transcurrido el plazo previsto en el art. 14 de la presente ley sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa. La reglamentación de la presente ley establecerá un mecanismo a través del cual se certifique el cumplimiento del plazo que diera lugar a la referida aprobación tácita".

(12) Ley 27.442, art. 12 "El Tribunal de Defensa de la Competencia fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer a la

Autoridad Nacional de la Competencia para notificar un acto de concentración y los plazos en que dicha información y antecedentes deben ser provistos". Art. 13 "La reglamentación establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas de modo que se garantice el carácter confidencial de las mismas".

cias preliminares. En este sentido, resulta necesario destacar que frente a mercados globales/regionales, será de mucha importancia que la Secretaría de Concentraciones Económicas mantenga abiertos los canales de comunicación y fomente un fluido intercambio con agencias de otros países, como herramienta eficiente para detectar de manera rápida y efectiva aquellas transacciones que podrían caer bajo la órbita de la ley.

No hay duda de que estos mecanismos permitirán contribuir al objetivo legal de impedir concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (13).

d) Opinar sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de la operación notificada, conforme al art. 14 de la ley.

Será el secretario de Concentraciones Económicas quien dará sustento a la resolución que autorice, deniegue o bien imponga condiciones a la transacción.

En el caso de que considere que la operación notificada tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, antes de tomar una decisión, comunicará a las partes las objeciones que encuentra de la transacción y las convocará a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen los efectos negativos sobre la competencia.

De acuerdo con el nuevo régimen, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con base en el dictamen técnico del secretario de Concentraciones Económicas deberá emitir un informe fundado que refleje sus conclusiones acerca de una operación que podría despertar preocupación desde el punto de vista de la competencia.

Efectivamente el art. 14 de la ley dispone en el caso de transacciones que tengan la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el

interés económico general, previo a tomar una decisión se comunicará a las partes las objeciones que, de acuerdo con el área técnica, resulte relevantes y las citará a una audiencia para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. Dicho informe deberá ser simultáneamente puesto a disposición del público.

Como fuera indicado previamente, y más allá de lo plausible de la disposición, este incidente no debería alterar ni dilatar los plazos legales para la aprobación.

Incluso parecería razonable que dicha circunstancia sea planteada lo antes posible dentro de los 45 días exigidos para la resolución, sin perjuicio de que con posterioridad se profundicen sus fundamentos y se consideren las alternativas para diseñar un condicionamiento tendiente a evitar la prohibición o bien, si no fuera viable, denegar la autorización.

Finalmente, la Secretaría de Concentraciones Económicas tiene las facultades de opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por el Tribunal en relación con concentraciones económicas (inc. e]) y desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, sea en el marco del proceso de notificación de operaciones de concentración económica, de las opiniones consultivas o de las investigaciones de diligencias preliminares (inc. f]).

III. Comentarios finales

Claramente el desafío fundamental en esta materia radica en el adecuado funcionamiento y consolidación institucional.

Será la autoridad de defensa de la competencia quien a través de sus organismos de asesoramiento técnico investigará, interpretará y finalmente resolverá conductas y estructuras del mercado y quien deberá además construir una sólida reputación y autonomía.

La creación de la Secretaría de Concentraciones Económicas, responsable de instruir los procedimientos relacionados con la aprobación de operaciones de concentración económica, contribuye a dotar a las nuevas autoridades de

(13) Ley 27.442, art. 8°.

un mayor grado de independencia respecto de las autoridades previas, de índole político.

La cada vez más compleja actividad económica y los nuevos fenómenos en el área de los negocios y el comercio requieren de la intervención de una agencia altamente especializada. Será de suma importancia que los recursos humanos de la Secretaría revistan las calidades que prescribe la ley para los funcionarios y que los mismos se capaciten de manera continua.

Si bien resulta necesario contar con un organismo estatal que vele por el correcto funcionamiento del mercado, es necesario que dicha intervención (que debe ser lo más acotada posible) se encarrile sobre reglas claras. Este resulta el primer y más importante desafío de la Secretaría de Concentraciones.

Su accionar debe ser predecible para que las partes conozcan de antemano cómo serán evaluadas. El primer paso ya ha sido dado, mediante la aprobación de los “Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas” (14). Estas nuevas pautas y criterios de análisis dan respuesta a la necesidad de actualizar los lineamientos que se encontraban vigentes desde el año 2001, e incorporó los nuevos conceptos y avances metodológicos que vienen aplicando las agencias de competencia de los países más desarrollados del mundo durante los últimos años. Será importante continuar con la aplicación de estos lineamientos y mantenerlos actualizados en línea con los aplicados por agencias y organismos de primer nivel internacional.

También la Secretaría deberá brindar acceso ilimitado y completo sobre información, precedentes y documentos que permitan conocer las condiciones de los mercados que ha analizado y prever con cierto grado de certeza, cuáles serán las posibles consecuencias de las

acciones o cambios estructurales que se produzcan en dichos mercados.

Para ello será de suma importancia que la Secretaría de Concentraciones Económicas mantenga la plataforma de consulta existente permanentemente actualizada, que resulte de simple acceso y que permita seleccionar, por parámetros predefinidos, el tipo de información a la cual se desea acceder, evitando restricciones, por ejemplo, basadas en confidencialidad.

En el ejercicio de sus nuevas funciones el secretario de Concentraciones deberá poner énfasis en:

- Resguardar al máximo la calidad de sus decisiones, desterrando cualquier discrecionalidad o discriminación;
- Brindar resoluciones eficientes en término de costos y tiempos para no perturbar el desarrollo y la dinámica del mundo de los negocios.
- Avanzar en el análisis de concentraciones de manera de manera abierta con la participación de las partes interesadas, promoviendo medidas correctivas y soluciones que eviten ulteriores intervenciones judiciales y que afectan negativamente las decisiones e inversiones empresariales.
- Ampliar el alcance de sus funciones con vocación regional e internacional, lo que le permitirá conocer las tendencias de los mercados, prever efectos o consecuencias locales y prepararse para enfrentar los nuevos paradigmas, mediante capacitación e intercambio con organismos especializados y con agencias colegas.
- Actuar preventivamente en el control de fusiones y concentraciones.
- Promover políticas de competencia con visión regional (Mercosur).

(14) Res. 208/2018 del secretario de Comercio Interior.

Articulación de competencias entre la autoridad de aplicación de la ley 27.442 y los entes sectoriales

AGUSTÍN SIBOLDI (*)

I. Introducción

El análisis que nos proponemos llevar adelante bajo este título refiere al rol que le cabe a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (“LDC”) en la articulación de sus propias competencias, encaminadas a la protección del bien jurídico de la LDC, ante el ejercicio de las competencias reglamentarias por parte de: (i) los entes sectoriales; (ii) de otros entes y reparticiones de la Administración nacional, provincial y municipal;

(iii) del propio Congreso de la Nación, los Congresos Provinciales y de las legislaturas municipales. Ello, a fin de ponderar y eventualmente adoptar las acciones de coordinación intra e interjurisdiccional que serían necesarias a fin de evitar que las decisiones adoptadas por tales entidades generen distorsiones a la competencia, en cumplimiento del mandato constitucional del art. 42 de la carta fundamental.

A tal fin, nos proponemos rescatar los preceptos constitucionales aplicables, así como intentaremos ensayar acerca de su alcance; las disposiciones de la nueva LDC que serían de aplicación al objeto de estudio; relevar y analizar algunos casos —quizá emblemáticos— de coordinación; para luego realizar una breve referencia a las recomendaciones que sobre el particular informa la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”).

II. Preceptos constitucionales y su aplicación a las distintas jerarquías de los Poderes Ejecutivos y Legislativos

El art. 42 de la CN establece con toda claridad la obligación de las autoridades, sin distinción de jurisdicción, de preservar la competencia contra toda posible distorsión que pueda afectar los derechos de los consumidores. Luego, el art. 43 asegura las vías procesales necesarias para garantizar la rápida intervención judicial ante todo caso de violación a tales derechos.

(*) Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1993). Especializado en regulación económica (con foco en energía y telecomunicaciones) y defensa de la competencia. Posgrado en Derecho de las Telecomunicaciones (Facultad de Derecho, UBA, 1996). Master en Derecho Empresarial (ESEADE, 1999). Realizó otros cursos y participó de conferencias relativas a sus áreas de práctica; expuso sobre temas de su interés en distintas entidades y conferencias. Profesor en el Programa de Regulación de Telecomunicaciones de la Asociación Argentina de Derecho de las Telecomunicaciones desde 2001. Profesor titular de la materia Regulación Económica y Defensa de la Competencia (ESEADE), donde dicta clases desde 2003. Colaborador del equipo de trabajo para la propuesta de un marco legal especial para las fuentes de energía renovables del Instituto Argentino de Energía “General Mosconi” (2014). Contribuyó con el capítulo “Aspectos institucionales, legales y regulatorios” del nuevo libro *Energías renovables no convencionales. Argentina frente al desafío de un futuro sostenible*, publicado por la editorial del Instituto Argentino de Energía General Mosconi (2016). Socio del Estudio O’Farrell (ingresó en 1998 y es socio desde 2007).

En efecto, al derecho constitucional de los consumidores de no ver afectados sus derechos por distorsiones a la competencia se contraponen la obligación de las autoridades nacionales, provinciales y municipales, pertenecientes a los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales, de proveer "...a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...".

A resultados de lo anterior, cabe concluir —en primer término— que las autoridades, sin distinción de jurisdicción, poder o jerarquía, se encuentran impedidas de llevar adelante toda actividad legislativa o reglamentaria que tenga por efecto la distorsión de los mercados, así como la falta de control de los monopolios naturales.

En consecuencia, cabe señalar, en segundo lugar, que toda legislación o reglamentación que tenga por efecto la distorsión de los mercados o bien redunde en la falta de control de un monopolio natural, merecerá la tacha de inconstitucionalidad, a través del sistema difuso de control de constitucionalidad incorporado por nuestra carta fundacional.

Por cierto, la LDC, en su art. 4º, parece conste con esta idea a poco que establece que quedan: "...sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional...".

III. Herramientas previstas en la nueva LDC para la coordinación intra e interjurisdiccional

La nueva LDC, al igual que sus dos antecedentes inmediatos (leyes 22.262 y 25.156), contiene una serie de preceptos claramente enfocados en los objetivos de coordinación jurisdiccional objeto de estas líneas. Veamos.

III.1. Sanciones que generan ventajas competitivas

La primera disposición de la LDC que parece buscar tal objetivo de coordinación surge del primer artículo que, recordemos, tipifica las conductas reprochables bajo la ley como aquellas que implican distorsiones a los mecanismos competitivos a través del abuso de posiciones de dominio individuales o producto de la coordinación entre competidores. Así, el precepto

en cuestión establece "Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas".

Surge así el primer criterio de coordinación, pero en sentido inverso al que estamos procurando. Esto es, la autoridad de la LDC deberá determinar si las ventajas que obtenga un competidor en virtud de haber violado alguna normativa sectorial, puede redundar en una posición de dominancia y, eventualmente, en su abuso en perjuicio del bien jurídico protegido por la LDC.

III.2. Intervención del Ente Sectorial en concentraciones económicas

La segunda disposición que procura la coordinación que nos ocupa resulta del art. 17 de la LDC, que establece que cuando sean notificada una concentración económica que involucre servicios que estuvieren sometidos a regulación económica del Estado Nacional a través de un ente regulador, la autoridad de la LDC requerirá al ente regulador respectivo una opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en la que indique: (i) el eventual impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o (ii) sobre el cumplimiento de su marco regulatorio respectivo. El pronunciamiento del Ente sectorial no será vinculante para la autoridad de la LDC.

La preeminencia de la opinión de la autoridad de la LDC por sobre la del Ente sectorial se alinea con la derogación de las competencias relativas a la Ley de Defensa de la Competencia en cabeza de tales entes, que disponía ya la ley 25.156 (art. 59) y que mantiene la actual LDC (art. 82).

Este precepto ha dado lugar a numerosos casos de interacción, algunos de ellos notorios, que demuestra que existe un importante camino por recorrer a fin de mejorar la coordinación entre la autoridad de la LDC y los Entes Sectoriales.

III.3. Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

Entre las funciones y facultades del Tribunal se destacan algunas que en nuestra opinión se

encuentran relacionadas con el objeto de estas líneas:

(i) Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes, para lo cual podrá requerir a los particulares y autoridades nacionales, provinciales o municipales, y a las asociaciones de defensa de los consumidores y de los usuarios, la documentación y colaboración que juzgue necesarias (art. 28, inc. f)).

(ii) Promover el estudio y la investigación en materia de competencia (art. 28, inc. g)).

(iii) Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante (art. 28, inc. h)).

(iv) Emitir recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados (art. 28, inc. i)).

(v) Actuar con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación de políticas de competencia y libre concurrencia (art. 28, inc. j)).

(vi) Promover e instar acciones ante la Justicia, para lo cual designará representante legal a tal efecto (art. 28, inc. k)).

(vii) Suscribir convenios con organismos provinciales, municipales o con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias en dichas jurisdicciones (art. 28, inc. p)).

(viii) Desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, incluyendo la convocatoria de audiencias públicas conforme a los arts. 47, 48, 49 y 50 de la presente ley y dar intervención a terceros como parte coadyuvante en los procedimientos (art. 28, inc. r)).

(ix) Las demás que les confiera esta y otras leyes (art. 28, inc. t)).

(x) El Tribunal de Defensa de la Competencia decidirá la convocatoria a audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha

de las investigaciones (art. 47). Sin razón aparente ni explícita que lo justifique, el dec. regl. 480/2018 limita esta posibilidad a las conductas anticompetitivas, excluyendo tal alternativa para las concentraciones económicas.

(xi) El Tribunal de Defensa de la Competencia y la Secretaría de Comercio, concurrentemente, proyectarán programas de financiamiento de programas de capacitación, de mejora de sistemas burocráticos del Estado y de obra pública para el desarrollo de la infraestructura que resulte en una mejora de las condiciones de competencia (art. 74).

(xii) La Secretaría de Comercio elaborará juntamente con el Ministerio Público, convenios de colaboración en la capacitación de los agentes que deberán intervenir en los procesos judiciales en defensa de la competencia (art. 75).

(xiii) La Secretaría de Comercio elaborará con el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) un convenio de colaboración para la elaboración de indicadores del comportamiento de los consumidores y de incidencia de la competencia en los mercados de la República Argentina (art. 76).

(xiv) La Secretaría de Comercio podrá elaborar anteproyectos normativos para la modernización y mejora de las condiciones de la competencia. Podrá emitir informes y sugerencias de oficio o a pedido de las provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios u órganos del Poder Ejecutivo nacional. Ante resoluciones administrativas que puedan afectar el régimen de competencia de sus respectivos mercados, los entes estatales de regulación de servicios públicos deberán poner en conocimiento a la Secretaría de Comercio previo al dictado de la resolución. En las resoluciones definitivas de los organismos deberán ser atendidas las consideraciones emitidas por la Secretaría. Si el acto administrativo afectara seriamente el régimen de competencia, la Secretaría de Comercio podrá convocar a audiencia pública (art. 77).

(xv) La Secretaría de Comercio realizará anualmente un informe de la situación de la competencia en el país. El informe contendrá estadística en materia de la libre competencia en los mercados. El informe deberá ser remitido al Congreso de la Nación y publicado en la pá-

gina web de la Secretaría con acceso al público en noviembre de cada año (art. 78).

(xvi) 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 (art. 86).

(xvii) Por último, otorgando coherencia a todo lo anterior, el art. 42 de la CN establece que las autoridades deberán proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos; así como que los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional se adecuen a tales principios rectores.

Como se puede apreciar, cabe afirmar:

(i) Son expresas las intenciones del legislador de que la autoridad de la LDC tenga por función llevar adelante acciones que exceden la mera investigación y aprobación de concentraciones económicas e investigación y sanción de conductas anticompetitivas, para avanzar franca y abiertamente en el objetivo de colocar a la defensa de la competencia —y, por tanto, a su autoridad— en el centro de la política de la regulación de la economía.

(ii) La única facultad que se le ha negado a la autoridad de la LDC es la de nulificar actos de gobierno que puedan tener efectos anticompetitivos; limitación que resulta a todas luces lógica por tratarse la autoridad de la LDC de un tribunal administrativo, careciendo en consecuencia de tal capacidad.

(iii) Dicha responsabilidad está en consecuencia en cabeza de los Poderes Judiciales nacional y provinciales, en cumplimiento del mandato constitucional del art. 42 y la LDC que

lo reglamenta y establece los procedimientos y distribución de responsabilidades a tal efecto.

(iv) No obstante ello, la autoridad de la LDC está perfectamente facultada —y, en nuestra opinión, obligada— para plantear la nulidad de los actos de gobierno que reconociesen efectos anticompetitivos ante la justicia competente.

(v) Por su parte, los entes con facultades reglamentarias tienen la obligación, no la opción, de someter a la opinión de la autoridad de la LCD respecto de todo proyecto que pudiese tener impacto sobre la competencia.

(vi) En tal marco, la autoridad de la LCD está facultada para emitir opiniones respecto de las iniciativas reglamentarias sometidas a consulta, así como —en general— respecto de toda iniciativa reglamentaria que pueda tener efecto sobre la competencia.

(vii) Tan clara es la centralidad de la política de competencia trazada desde el mandato constitucional hasta la LDC que incluso faculta a la autoridad de la LDC y a la Secretaría de Comercio a llevar adelante programas tendientes a mejorar los sistemas de contratación de obra pública por parte del Poder Ejecutivo.

En nuestra opinión, sin una activa y propositiva participación de la autoridad de LDC, de la Secretaría de Comercio y la deferencia hacia estas de las demás autoridades, en general, se seguirán frustrando los aislados y espasmódicos esfuerzos por lograr la coordinación a la hora de reglamentar los derechos de los consumidores protegidos por el art. 42 de la CN y los derechos de los empresarios de ejercer sus industrias lícitas en un marco competitivo y libre de distorsiones que impidan que tal marco obtenga los resultados que nos enseña la teoría económica (1).

III.4. La autoridad de la LDC

La capital relevancia de la LDC en la competitividad de la economía argentina se puede

(1) En pocas palabras, que el precio de los mercados competitivos iguales los costos medios de producción, lo que comúnmente se denomina como Óptimo de Pareto, por ser quien demostró que no existe una forma alternativa de distribución de los bienes escasos de la economía que logre mayor satisfacción del bien común.

apreciar, asimismo, en la importancia que el legislador le ha dado a la definición y conformación de la autoridad de la LDC. En efecto, la ha dotado de una serie de atributos que asegurarán su independencia e imparcialidad ante los intereses en juego en tan central debate, por la vía de asegurar que sus miembros tendrán antecedentes en la materia y serán elegidos luego de un proceso de oposición; que una vez elegidos tendrán estabilidad en sus cargos; que ellos estarán debidamente remunerados; que no podrán ser removidos sin justa causa; entre otros aspectos que vale la pena destacar. Por su parte, ha estructurado la “Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia” como un organismo descentralizado y autárquico dentro del Poder Ejecutivo Nacional, en línea con el objetivo de asegurar su independencia e imparcialidad (Cap. IV, LDC).

Así, la Autoridad Nacional de la Competencia se integra (i) con el Tribunal de Defensa de la Competencia, (ii) el secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas y (iii) el secretario de Concentraciones Económicas, de modo que estos últimos lleven adelante sus investigaciones, se forme convicción acerca de los términos en que las cuestiones sometidas a su competencia deben ser resueltas, para que luego tal determinación sea adoptada por una entidad diferente, como lo es el tribunal, que no habrá sido parte de tales investigaciones ni habrá tomado una posición dada, de modo que tendrá la independencia del acaso para resolver en el sentido propuesto por el secretario interviniente, o bien por sus propias convicciones.

III.5. El “régimen de fomento de la competencia”

Más aún, la nueva LDC incorporó un “régimen de fomento de la competencia” (Cap. XIII, LDC), incluyendo allí referencias a financiar y llevar adelante programas de capacitación a fin de mejorar los sistemas burocráticos del Estado y de la obra pública para la mejora de la infraestructura que resulte en una mejora en las condiciones de competencia. Incluso extiende la capacitación a los agentes fiscales que tendrán que intervenir en los procesos judiciales en los que se ventilen cuestiones de competencia. En el marco de tal régimen, instruye a la Secretaría de Comercio para que elabore un convenio de colaboración con el Instituto Nacional de Esta-

dística y Censos (INDEC) para la elaboración de indicadores del comportamiento de los consumidores y de incidencia de la competencia en los mercados de la República Argentina; establece que podrá elaborar anteproyectos normativos para la modernización y mejora de las condiciones de la competencia, emitir informes y sugerencias de oficio o a pedido de las provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios u órganos del Poder Ejecutivo nacional.

En línea con lo que venimos postulando, exige a los entes estatales de regulación de servicios públicos que con anterioridad al dictado de su resolución deberán poner en conocimiento a la Secretaría de Comercio en todos aquellos proyectos de resoluciones administrativas que puedan afectar el régimen de competencia de sus respectivos mercados; obligándolos incluso a atender las consideraciones emitidas por la Secretaría en la resolución que finalmente adopten. Más aún, si el acto administrativo afectara seriamente el régimen de competencia, la Secretaría de Comercio podrá convocar a audiencia pública.

Luego, establece que la Secretaría de Comercio realizará anualmente un informe de la situación de la competencia en el país, que deberá contener estadística en materia de la libre competencia en los mercados.

La relevancia que el legislador da a la intervención en la regulación económica a partir de la nueva LDC se pone, asimismo, en evidencia cuando crea la “Sala Especializada en Defensa de la Competencia”, dentro del marco de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, dotándola de un presidente, dos vocales y una secretaria. El presidente y los vocales contarán, además, con un secretario cada uno.

III.6. Las competencias de los entes sectoriales

Por otra parte, un repaso de las competencias de los entes sectoriales nos debería permitir ratificar que, más allá de haber perdido toda competencia en la materia (art. 82, LDC), conservan entre sus funciones, competencias y responsabilidades, la de generar políticas regulatorias que aseguren la competencia de los sujetos regulados, libre de toda distorsión derivada de los “monopolios naturales” presentes en los sec-

tores que regulen, así como en aquellos otros segmentos del mercado regulado en los que tal falla de mercado no se encuentra presente. Ello, a su turno, no podría ser de otra forma porque así viene impuesto por los arts. 42 y 43 de la CN. Veamos algunos casos.

Nos enfocaremos en tres sectores de infraestructura que entendemos centrales a los efectos de la competitividad de la economía argentina: telecomunicaciones, electricidad y gas natural. Se podrían abordar otros igualmente relevantes, como el transporte de pasajeros y mercaderías.

III.7. El mercado convergente de distribución de señales de televisión y servicios de telecomunicaciones

Con relación a los servicios de comunicación audiovisuales, al dictar la ley 26.522 el Honorable Congreso de la Nación definió su alcance en los siguientes términos: “El objeto de esta ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación” (conf. art. 1º); creó al ex AFSCA (Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual) y le otorgó competencias para “...velar por el desarrollo de una sana competencia y la promoción de la existencia de los más diversos medios de comunicación que sea posible, para favorecer el ejercicio del derecho humano a la libertad de expresión y la comunicación” (art. 12, inc. 10); y para “...promover y estimular la competencia y la inversión en el sector. Prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante en el marco de las funciones asignadas a este organismo u otros con competencia en la materia” (art. 12, inc. 13).

De lo expuesto surge que al sancionar la ley 26.522 el legislador consagró un régimen que democratice la distribución y el acceso a la información a cuyo fin exige que no se generen distorsiones a la competencia, en cumplimiento del mandato constitucional contenido

en los arts. 14, 42 y conccs. de nuestra Carta Fundamental.

Con la sanción de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 27.078 se consagró la convergencia entre los servicios de telecomunicaciones y los servicios de comunicaciones audiovisuales por suscripción, hoy denominados servicios de radiodifusión por vínculo fijo (art. 9º; dec. 267/15, respectivamente). Al respecto se estableció que cuando un requirente o prestador pretenda o reúna la titularidad de una licencia de servicios previstos en la ley y la titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual, deberá —entre otras cosas— “no incurrir en prácticas anticompetitivas tales como las ventas atadas y los subsidios cruzados con fondos provenientes de las distintas unidades de negocio” (art. 10, inc. a). La propia finalidad declarada de la ley ratifica el aserto a poco que dispone: *“Las disposiciones de la presente ley tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo. Asimismo, se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro...”* (art. 2º; énfasis agregado).

Las competencias adjudicadas a la autoridad de aplicación de la ley —que sobrevivieron al dec. 267/2015—, ratifican cuanto hemos afirmado en el título de este apartado:

“...a) Regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y los servicios digitales en el ámbito de las atribuciones

que le confiere esta ley y demás disposiciones legales aplicables.

"b) La regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de telecomunicaciones y tecnologías digitales, así como del acceso a la infraestructura activa y pasiva y otros insumos o facilidades esenciales, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a otras autoridades en los términos de la legislación correspondiente.

"...g) Promover y regular el acceso a las tecnologías de la información y comunicación y a los servicios de telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en condiciones de competencia efectiva.

"...k) Emitir disposiciones, lineamientos o resoluciones en materia de interoperabilidad e interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones, a efecto de asegurar la libre competencia y concurrencia en el mercado.

"l) Resolver y establecer los términos y condiciones de interconexión que no hayan podido convenir los concesionarios respecto de sus redes públicas de telecomunicaciones conforme a lo previsto en la presente ley.

"ll) Emitir lineamientos de carácter general para el acceso y, en su caso, uso compartido de la infraestructura activa y pasiva, en los casos que establece esta ley.

"m) Resolver los desacuerdos de compartición de infraestructura entre licenciatarios conforme a lo dispuesto en esta ley.

"n) Resolver los desacuerdos que se susciten entre licenciatarios de redes de telecomunicaciones.

"...p) Determinar la existencia de actores con poder significativo de mercado e imponer las medidas necesarias

para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia en cada uno de los mercados de esta ley.

"q) Declarar la existencia o inexistencia de condiciones de competencia efectiva en el sector de que se trate y, en su caso, la extinción de las obligaciones impuestas a los actores con poder significativo de mercado..." (art. 81).

Esta preocupación por las prácticas anti-competitivas se ve reflejada al incluir entre las definiciones particulares el concepto "poder significativo de mercado" (art. 7º) y al establecer como competencia de la entonces AFTIC la obligación de determinar la existencia de actores con poder significativo de mercado e imponer las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia en cada uno de los mercados de esta ley (art. 81, inc. p)).

Por "Poder significativo de mercado" se define a la posición de fuerza económica que le permite a uno o más prestadores que su comportamiento sea, en una medida apreciable, independiente de sus competidores. Esta fuerza económica puede estar fundada en la cuota de participación en el o los mercados de referencia, en la propiedad de facilidades esenciales, en la capacidad de influir en la formación de precios o en la viabilidad de sus competidores; incluyendo toda situación que permita o facilite el ejercicio de prácticas anticompetitivas por parte de uno o más prestadores a partir, por ejemplo, de su grado de integración vertical u horizontal. Las obligaciones específicas impuestas al prestador con poder significativo de mercado se extinguirán en sus efectos por resolución de la autoridad de aplicación una vez que existan condiciones de competencia efectiva en el o los mercados de referencia. La autoridad de aplicación está facultada para declarar en cualquier momento prestador con poder significativo de mercado en los servicios de aplicación de la presente ley de acuerdo con el procedimiento que establezca la reglamentación.

Cabe destacar que por art. 9º de la res. Enacom 5644/2017 se declaró a Telecom Argentina Sociedad Anónima "como un actor con poder significativo en los mercados de referencia

señalados en el Anexo I del Informe IF-2017-34186983-APN-DNDCRY#Enacom, elaborado por la Dirección Nacional de Desarrollo de la Competencia en Redes y Servicios”.

De lo anterior se sigue que la Ley Argentina Digital 27.078 consagró a la competencia de mercado como el elemento dinamizador por excelencia a fin de satisfacer las necesidades de comunicaciones de los consumidores argentinos. Al dictar el dec. 267/2015 el Poder Ejecutivo Nacional ratificó que es deber de la autoridad de regulación y control facilitar la defensa de la competencia, tal como lo establece el art. 42 de la CN.

Mucho antes de la convergencia tecnológica alegada como fundamento del dec. 267/2015, el sector de telecomunicaciones ya reconocía profusa regulación buscando promover la competencia en el sector otrora ejemplo de “monopolio natural” que ha devenido en un mercado que si bien reconoce fallas (ej. presencia de facilidades esenciales, altos costos hundidos, externalidades de red, etc.) hoy se encuentra más cerca de un mercado regulado a través de la legislación de defensa de la competencia, antes que mediante normativa sectorial, a partir de la disrupción tecnológica causada por la digitalización de las señales y la utilización de “redes de nueva generación”:

— *Obligación de generar una Oferta de Interconexión de Referencia*: en Reglamento de Interconexión aprobado por el dec. 764/2000 establece la obligación de los “prestadores con poder dominante” de elaborar una oferta de interconexión de referencia, la cual deberán hacerla pública. Allí se establece que: (i) dicha oferta deberá describir en forma suficientemente desglosada, las condiciones técnicas y económicas de los distintos elementos y funciones de red que la componen; (ii) que los prestadores obligados a elaborar la oferta, deberán presentarla ante la autoridad de aplicación, pudiendo dicha autoridad observar la oferta presentada por el prestador, debiendo este modificar aquellas condiciones que no cumplan con lo establecido por el Reglamento; que (iii) la oferta deberá estar a disposición para la consulta de todo interesado en la oficina del prestador obligado y este deberá publi-

carla en su página institucional de Internet y deberá actualizarla anualmente; y que (iv) La falta de presentación y/o publicación de la oferta será pasible de la aplicación de infracciones o sanciones establecidas en el reglamento.

— *Obligación de brindar interconexión en términos no discriminatorios y de brindar acceso a facilidades esenciales bajo particulares condiciones técnicas y económicas*: el Reglamento de Interconexión aprobado por el dec. 764/2000 también reconoce que si bien los prestadores tienen libertad para convenir precios, términos y condiciones de Interconexión, dichos acuerdos no podrán ser discriminatorios o fijar condiciones técnicas que impidan, demoren o dificulten la Interconexión. Allí se establece que los prestadores deberán: (i) facilitar la Interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales, fundadas en criterios objetivos; (ii) ofrecer condiciones técnicas y económicas iguales a las que proporcionen a sus propios servicios, a sus filiales o asociadas, o unidades de negocio, en particular las relativas a la calidad de los servicios, los plazos de entrega y las condiciones de suministro; (iii) facilitar, a quienes soliciten Interconexión, información relevante sobre las especificaciones técnicas y funcionales de los puntos de interconexión. Las condiciones de la Interconexión provista por el prestador solicitado deben ser por lo menos de igual calidad a las que él se provee a sí mismo, a sus compañías vinculadas o controladas y/o a terceros. Los precios de interconexión podrán fijarse libremente, deberán ser justos, razonables y no discriminatorios.

— *Obligación de registrar y dar a publicidad cada uno de los convenios de interconexión que celebre a fin de que todos los interesados —y la autoridad de control— puedan verificar el cumplimiento de las obligaciones de trato igualitario*: el Reglamento de Interconexión aprobado por el dec. 764/2000 establece que: (i) los convenios de interconexión deberán ser presentados ante la autoridad de aplicación para su registro, en soporte magnético y en papel; (ii) una vez registrado, y a fin de que los interesa-

dos tomen conocimiento de la celebración de dicho convenio, las partes, a su cargo, publicarán en el Boletín Oficial y en un diario de circulación nacional y en uno de circulación local o regional, los prestadores involucrados y el tipo de interconexión establecido; (iii) los prestadores publicarán los convenios de interconexión completos en su página institucional en Internet; (iv) los convenios registrados son públicos y pueden ser consultados por los interesados. Solo se reservará la información confidencial, a petición de cualesquiera de las partes intervinientes; (v) los convenios registrados podrán ser observados por otros prestadores y por terceros interesados una vez que se encuentren publicados; (vi) si no existieran observaciones o impugnaciones, los convenios se considerarán aprobados. Mientras que, si se hubieran presentado observaciones o impugnaciones, la autoridad de aplicación deberá resolverlo, previo traslado a las partes involucradas.

- *Establecimiento de un procedimiento expeditivo en el cual todo demandante de interconexión puede requerir la intervención de la autoridad de control en el caso en que medien incumplimientos a la obligación de no discriminación, situaciones de abuso o bien falta de acuerdo comercial:* el Reglamento de Interconexión aprobado por el dec. 764/2000 prevé lo siguientes supuestos ante los cuales podrá intervenir la autoridad de aplicación: a) Ante la negativa de un prestador a otorgar la Interconexión requerida por un prestador solicitante. b) A requerimiento de alguna de las partes, cuando, con posterioridad a la solicitud de interconexión, en cualquiera de las etapas de la negociación, hubiera demoras injustificadas y/o falta de acuerdo que dificulten o impidan celebrar el convenio de interconexión. c) A requerimiento de alguna de las partes, cuando no hubiera acuerdo respecto a las condiciones, precios de la interconexión o cuando, con posterioridad al convenio de interconexión, se demore injustificadamente la concreción de lo pactado en el convenio o se verifica un tratamiento discriminatorio respecto de un convenio celebrado con otro prestador. d) De oficio, en todo momento, cuando funda-

das razones de interés público lo requieran o cuando se afectare lo dispuesto en este Reglamento. e) Ante la impugnación de un tercero interesado, conforme lo dispuesto por el art. 11 del presente Reglamento. f) Periódicamente, de oficio, a efecto de revisar los precios de interconexión referenciales de las facilidades esenciales. Allí se establece que la autoridad de aplicación convocará a las partes a una audiencia, a fin de escuchar las posiciones. Luego, la autoridad de aplicación arribará a una determinación preliminar con la información que posea, y ordenará la conexión física y funcional y la aplicación de los precios, términos y condiciones que correspondan. Dispondrá que la parte beneficiada por tal orden deberá garantizar, en las condiciones que establezca la autoridad de aplicación, la devolución a la otra parte de las sumas pertinentes, con más los intereses de ley, si la decisión final de la autoridad de aplicación diera la razón a esta última. A partir de la determinación preliminar, la autoridad de aplicación iniciará una investigación de la cuestión y decidirá dentro de un plazo razonable, dictando una resolución que establezca los precios, términos y condiciones definitivos de la Interconexión. En cualquier momento, antes de la decisión definitiva, las partes podrán llegar a un acuerdo y desistir de la intervención de la autoridad de aplicación.

Lo establecido en el Reglamento de Interconexión fue replicado por el entonces Ministerio de Comunicaciones al aprobar el reglamento de Operadores Móviles Virtuales (OMV). En efecto a través de la res. 38/2016 el entonces Ministerio de Comunicaciones aprobó el Reglamento de operadores móviles virtuales (OMV) y derogó las res. SC 68/14 y 69/14.

En lo que aquí interesa la res. MICOM 38/2016 estableció pautas para facilitar el ingreso al mercado de nuevos prestadores y promover la competencia entre las que podemos mencionar:

- *Obligación de generar una oferta de referencia:* Los Operadores Móviles de Red (OMRs) deben presentar, ante la autoridad de aplicación, una oferta de referencia para cada una de las Áreas de Explotación en que ten-

gan asignadas bandas de frecuencias para la prestación de Servicios de Comunicaciones Móviles (SCM), dirigida a aquellos interesados en actuar como OMV.

- *Obligación de brindar el servicio en términos no discriminatorios:* Los precios, y demás condiciones económicas y técnicas, contenidas en la oferta de referencia, base del acuerdo de servicio que deberán suscribir el operador móvil de red y el operador móvil virtual, serán libres, razonables y no discriminatorios, de manera tal que no constituyan barreras de entrada y permanencia en el mercado de los operadores móviles virtuales. Los operadores móviles de red deberán discriminar claramente, en su oferta de referencia, los precios y condiciones de cada una de las facilidades y servicios a brindar a los operadores móviles virtuales, de manera de posibilitar a estos últimos la contratación de solo aquellas facilidades y servicios que les sean necesarias para el desarrollo de su negocio, sin condicionar la contratación de una facilidad o servicio a la contratación de otro u otros. Los acuerdos de servicio celebrados entre los Operadores Móviles de Red (OMRs) y los Operadores Móviles Virtuales (OMVs), con base en la oferta de referencia presentada por los primeros, deberán: Establecer, libremente entre las partes, precios, términos y condiciones de acceso y/o interconexión a la red de telecomunicaciones del Operador Móvil de Red (OMR), que sean razonables y no discriminatorios. No limitar la entrada y permanencia en el mercado de otros Operadores Móviles Virtuales (OMVs), ni establecer cláusulas discriminatorias respecto a estos últimos en igualdad de condiciones. Establecer niveles de calidad de servicio, asegurando a los usuarios del Servicio de Comunicaciones Móviles (SCM) prestado por el Operador Móvil Virtual (OMV), un nivel de calidad de servicio equivalente al del Servicio de Comunicaciones Móviles (SCM) prestado por el Operador Móvil de Red (OMR) a sus usuarios. Se deberán establecer claramente las condiciones a cumplir y las penalidades respectivas ante cualquier incumplimiento.
- *Obligación de publicidad:* La oferta de referencia deberá ser publicada anualmente por el operador móvil de red en su página institucional de Internet y en la página oficial de internet de la autoridad de aplicación. Todos los acuerdos de servicio suscriptos entre los operadores móviles de red y los operadores móviles virtuales deberán presentarse ante la autoridad de aplicación, en soporte digital e impreso. Los prestadores publicarán los acuerdos de servicio completos en sus páginas institucionales en Internet y en la página oficial de la autoridad de aplicación. La publicación deberá contener, como mínimo, el nombre de las partes firmantes, el Área de Comercialización y una síntesis del acuerdo suscripto. Los acuerdos de servicio registrados son públicos y pueden ser consultados por los interesados. Los acuerdos de servicio registrados podrán ser observados por otros prestadores y por terceros interesados. Vencido el plazo establecido, si no existieran observaciones o impugnaciones, los Acuerdos de Servicio se considerarán aprobados. Si se hubieran presentado observaciones o impugnaciones, la autoridad de aplicación deberá resolver. La autoridad de aplicación podrá exigir la modificación de un Acuerdo de Servicio cuando su contenido no respetara los principios, pautas u obligaciones establecidos por este Reglamento o cuando resulte necesario para garantizar la interoperabilidad de las redes.
- *La intervención de la autoridad de aplicación:* En caso de no llegar a concretarse el acuerdo de servicio cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de esta. La autoridad de aplicación convocará a las partes a una audiencia, a fin de escuchar las posiciones. La autoridad de aplicación arribará a una determinación preliminar con la información que posea, y ordenará el acceso y la conexión física y funcional así como la aplicación de los precios, términos y condiciones que correspondan. Dispondrá que la parte beneficiada por tal orden garantice, en las condiciones que establezca la autoridad de aplicación, la devolución a la otra parte de las sumas pertinentes, con más los intereses de ley, si la decisión final diera la razón a esta última. A partir de la determinación preliminar, la autoridad de aplicación iniciará una investigación de la

cuestión y decidirá dictando una resolución que establezca los términos y condiciones definitivos del acceso y/o interconexión a la red de telecomunicaciones del operador móvil de red por parte del operador móvil virtual. Una vez establecido el acceso y/o interconexión a la red de telecomunicaciones del Operador Móvil de Red (OMR), este no podrá ser suspendido por la presentación de cualquier reclamo o recurso administrativo, a menos que así sea ordenado por la autoridad de aplicación, garantizándose la continuidad del servicio en todo momento.

Cabe destacar que, al dictar de la res. 38/2016, el entonces Ministerio de Comunicaciones reconoció la necesidad de propender a la generación de nuevos actores en la prestación de los servicios convergentes regulados por la ley 27.078, la necesidad de que la regulación perfeccione el tratamiento de aspectos que promuevan el máximo nivel de competencia posible y una oferta transparente de proveedores de servicios móviles mayoristas, y la necesidad de fomentar un mercado competitivo y superar las barreras de entrada al mercado, para mejorar la calidad y condiciones de prestación (consids. res. 38/2016).

Allí también se reconoce que el art. 42 de la CN imparte una orden a las autoridades de “promover a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales” (consids. res. 38/2016).

Asimismo, a través de la res. 4510/2017, el Enacom modificó el Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA), aprobado por la res. 37/2014, y expresamente estableció que los prestadores del SCMA deberán ajustarse al Reglamento Nacional de Interconexión (RNI) que, como Anexo II, forma parte del dec. 764/2000 y las reglamentaciones que se dicten en materia de interconexión.

En lo que aquí interesa la res. Enacom 4510/2017 establece pautas para fomentar la competencia y la eficiencia de los servicios a través de la baja de barreras de ingreso a nuevos operadores al mercado de SCMA, entre las que podemos mencionar:

- Los acuerdos de itinerancia automática deberán respetar “los principios de la sana competencia, no incurrir en conductas anti-competitivas, prácticas predatorias y/o discriminatorias” (art. 2º, que modifica el art. 20 del Anexo de la res. SC 37/14).
- Los prestadores del SCMA se encuentran obligados a “respetar los principios de la sana competencia, no incurriendo en conductas anticompetitivas, prácticas predatorias y/o discriminatorias” al compartir la infraestructura pasiva instalada al resto de los prestadores con registro de SCMA que la requieran para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio (art. 3º que modifica el art. 21 del Anexo de la res. SC 37/14).
- Los prestadores del SCMA deben informar al Enacom sobre la celebración de convenios, contratos o acuerdos de compartición de infraestructura activa (art. 4º, que modifica art. 22 Anexo de la res. SC 37/14).
- Cuando las partes no logren llegar a acuerdos sobre los términos de la compartición de infraestructura activa y/o pasiva, podrán requerir la intervención del Enacom a fin de que determine las condiciones técnico-económicas. La decisión que adopte el Enacom será de cumplimiento obligatorio para las partes (art. 5º, que modifica art. 23 de la res. SC 37/14).
- El Enacom podrá dar intervención a la CNDC cuando considere que los acuerdos de itinerancia y/o coparticipación activa y/o pasiva, que se someten a su consideración, contienen elementos que sugieren que “los principios de la sana competencia, de no comisión de conductas anticompetitivas, colusivas, prácticas predatorias, discriminatorias y/o alguna otra conducta que restrinja la competencia”, podrían resultar vulnerados (art. 5º, que modifica art. 23 de la res. SC 37/14).

Allí también se reconoce que “es política del Gobierno Nacional, en consonancia con lo establecido en el art. 42 de la CN que las redes de telecomunicaciones y tecnologías de la información y los servicios de comunicación audiovisual se expandan para generar más y mejores

servicios a los consumidores, a precios competitivos y con mayor calidad, agregando que dicho artículo impone al Gobierno Nacional la obligación de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” (consids. res. 4510/17).

Como se puede apreciar, la normativa sectorial en materia de redes de comunicaciones es categórica en cuanto a que las autoridades deben asegurar el desempeño competitivo de este mercado, interviniendo en todo cuanto fuera necesario a fin de desactivar las eventuales distorsiones a la competencia que se puedan registrar.

III.8. Las particulares condiciones de competencia de los mercados de electricidad y gas natural

Se trata de dos sectores atravesados por monopolios naturales que hacen imposible la competencia en materia de transporte y distribución de electricidad y gas natural, pero que pueden ser competitivos si tales segmentos son adecuadamente aislados por la regulación sectorial, de modo que no generen distorsiones a la competencia entre los dos segmentos *prima facie* competitivos, como lo son la producción u oferta de gas y electricidad y su consumo o demanda.

Esa es la impronta que el legislador ha dejado plasmada en las leyes de electricidad 24.065 y de gas 24.76, que se traducen en numerosos institutos jurídicos que se encuentran claramente enfilados a lograr competencia entre oferta y demanda del insumo energético, buscando evitar que el monopolio natural que afecta su transporte y distribución frustre tal posibilidad. No resulta ocioso agregar que tal competencia sería imposible en los hechos si no se regulase en forma particular y aislada la porción monopólica de ambos mercados, en la medida en que sería extremadamente fácil generar situaciones de integración vertical que tendrían entidad para distorsionar la competencia allí donde es en principio factible. Y ello determina en buena medida el contenido y los remedios que se pueden observar en cada una de las referidas leyes sectoriales que, por consecuencia, reconocen recurrentes referencias cuestiones de competencia. No debe perderse de vista que

estas leyes son anteriores a la última reforma de la Constitución Nacional que incorporara los arts. 42 y 43 que dotan de jerarquía constitucional a la protección de los mercados contra distorsiones a la competencia y a la regulación con igual fin de los monopolios naturales. Veamos.

En línea con ello, estas leyes principian declarando el carácter de servicio público al transporte y distribución de electricidad y gas (art. 1º, leyes 25.065 y 24.076). Por su parte, se establece que la actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo; mientras que la actividad de producción de gas natural sigue regulada a través de la Ley de Hidrocarburos 17.319. Ello redundante, en ambos casos, que la producción, oferta, consumo y demanda de electricidad y de gas natural quedan librados a la competencia.

Ello surge con toda claridad de ambas leyes especiales, que definen como objetivos: a) proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; b) promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y de gas natural, así como alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad y gas natural; d) regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad y gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; e) incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad y racional gas natural, fijando metodologías tarifarias apropiadas; f) alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible (art. 2º de ambas leyes).

En coherencia con ello, ambas leyes se ocupan de segmentar el mercado a fin de aislar el segmento no competitivo, a partir de la imposición de ciertas restricciones a la integración

vertical, que son complementadas luego por limitaciones adicionales a la concentración horizontal.

Ciertamente, respecto del mercado eléctrico, se establece: a) que los transportistas (sea individualmente, o como propietarios mayoritarios, y/o como tenedores de paquetes accionarios mediante los cuales accedan al control de la empresa concesionaria del transporte), no podrán comprar ni vender energía eléctrica; b) como contrapartida, que ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por algunos de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante; c) solo mediante la expresa autorización del ente dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, podrán consolidarse en un mismo grupo empresario o fusionarse; d) también es necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente (Cap. VII, ley 24.65).

Con relación al mercado de gas natural, se dispone: a) que los transportistas no podrán comprar ni vender gas, con excepción de las adquisiciones que puedan realizar para su propio consumo y del gas natural necesario para mantener en operabilidad los sistemas de transporte (es decir, el gas natural necesario para impulsar el producto a través del gasoducto; b) que ningún productor, almacenador, distribuidor, consumidor que contrate directamente con el productor, o grupo de ellos, ni empresa controlada o controlante de los mismos podrán tener una participación controlante, de acuerdo con lo definido en el art. 33 de la ley 19.550, en una sociedad habilitada como transportista; c) que ningún productor o grupo de productores, ningún almacenador, ningún prestador habilitado como transportista o grupo de los mismos o empresa controlada por, o controlante de los mismos, podrán tener una participación controlante, de acuerdo con lo definido en el art. 33 de la ley 19.550, en una sociedad habilitada como distribuidora; d) que ningún consumidor que contrate directamente con el productor, podrá tener una participación controlante, de acuerdo con lo definido en el art. 33 de la ley 19.550, en una sociedad habilitada como distribuidora que corresponda a la zona

geográfica de su consumo; e) ningún comercializador o grupo de comercializadores podrá tener una participación controlante, de acuerdo con lo definido en el art. 33 de la ley 19.550, en las sociedades habilitadas como transportistas o distribuidoras. En el caso de que existan participaciones en el grado y en la forma que permite el presente artículo, los contratos que entre sociedades vinculadas que comprendan diferentes etapas en la industria del gas natural, deberán ser aprobados por el Ente Regulador del Gas. Este solo podrá rechazarlos en caso de alejarse de contratos similares entre sociedades no vinculadas, perjudicando el interés de los respectivos consumidores.

Con respecto a la compraventa de electricidad, la legislación busca asegurar la competencia, cuando establece que la Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará, las que deberán garantizar la transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios: a) permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores (con excepción de aquellos comprendidos en el art. 1º de la ley 23.696 y la parte argentina de los entes binacionales), grandes usuarios y distribuidores, en el denominado “mercado a término”; b) despachar la demanda requerida, en base con el reconocimiento de precios de energía y potencia, en base con un mecanismo establecido por resolución de la Secretaría de Energía que dispondrá que los generadores sean remunerados por la energía vendida, conforme a un procedimiento de despacho horario, el que será determinado con base en la oferta libre de precios que presente cada generador para las distintas bandas horarias, junto con sus límites operativos máximos y mínimos de potencia disponible (Cap. IX, ley 24.065). El decreto reglamentario enfatiza en tal sentido que la Secretaría de Energía Eléctrica deberá controlar que, como resultado de la modalidad de privatización dispuesta por los arts. 93, 94 y 95 de la ley 24.065, la división de la actividad eléctrica a cargo de las empresas Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima y Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima, en generación, distribución y transporte, se efectúe de modo tal que impida que el “mercado eléctrico mayorista” se transforme en un

monopolio o en un oligopolio. La citada Secretaría controlará, a su vez, que se mantenga, en dicho ámbito, la condición de libre competencia, debiendo dictar, con tal fin, las normas necesarias tendientes a evitar que el control de las empresas que desarrollen dichas actividades se concentre en un único grupo económico (dec. 1398/1992).

El reflejo de estas previsiones no se encuentra en la Ley de Gas 24.076 sino en la Ley de Hidrocarburos 17.319, que establece la libre disponibilidad y comercialización de los hidrocarburos, quedando habilitadas las autoridades para interferir en el libre intercambio de los mismos solo ante situaciones de desabastecimiento del mercado nacional (2).

(2) 1) Inicialmente, téngase en cuenta que localmente el gas natural es comprado por empresas distribuidoras (en nombre de pequeños consumidores, a las cuales dichas empresas tienen derecho a pasar los precios correspondientes), industria petroquímica, CAMMESA (el operador de despacho de electricidad, encargado de adquirir gas natural para abastecer las plantas generadoras de energía eléctrica de fuego bajo bases temporales desde la anterior res. 95/2013 del Secretario de Energía) y grandes consumidores.

2) En principio, los hidrocarburos se comercializan libremente en el mercado interno y/o en el extranjero. En el caso de las exportaciones, el exportador puede mantener el dinero procedente de sus ventas en el extranjero. Por lo general, esas ventas se pactan en dólares estadounidenses y, cuando afectan al mercado local, se pagan en moneda local al tipo de cambio aplicable en el día anterior al pago (Ley de Hidrocarburos, art. 6º, párr. 1º, dec. 1589/1989, oficial Gaceta el 4/1/1989, según enmendada por el dec. 1277/2012, Diario Oficial del 27/7/2012).

3) Excepcionalmente, si el Poder Ejecutivo Nacional restringe las exportaciones de hidrocarburos y/o subproductos, los refinadores y exportadores recibirán un precio no inferior al de los productos importados de calidad similar (según lo establecido en la Ley de Hidrocarburos, art. 6, 2º y siguientes párrafos). Cuando los precios de los productos importados aumenten significativamente debido a circunstancias excepcionales (estándares que podrían ser satisfechos por la actual devaluación de la moneda local combinada con el aumento internacional de los precios de los hidrocarburos), no serán considerados para establecer precios de comercialización en el mercado interno y, en ese caso, pueden ser fijados sobre la base de los costos operativos reales de la empresa estatal, las amortizaciones que técnicamente corresponden y un interés razonable sobre las inversiones actualizadas y depreciadas que dicha empresa estatal habría realizado (Hidrocarburos). (Ley, art. 6, 2º y siguientes párrafos).

Por su parte, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad —ENRE— y el Ente Nacional Regulador del Gas —Enargas—, dotados de todas las virtudes que hemos señalado en la nueva autoridad de la LDC (Cap. XII, ley 24.065; Cap. X, ley 24.76), cuentan con un set de funciones consistente con lo que constituye la tesis de este ensayo, entre las cuales cabe destacar: a) prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios; b) promover, ante los tribunales competentes, acciones civiles o penales, incluyendo medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y los contratos de concesión; c) en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación (art. 56, ley 24.065; art. 52, ley 24.76).

A partir de todo lo anterior, y sin ánimo de agotar la cuestión, parece confirmarse la tesis

4) Además, después de la terminación de la emergencia energética, las autoridades correspondientes impulsaron un acuerdo entre las compañías productoras y distribuidoras de gas natural como un régimen de transición hasta octubre de 2019, momento en el cual esos acuerdos serán negociados libremente por aquellos.

5) En el contexto particular actual, donde un aumento del precio internacional del petróleo y una importante devaluación de la moneda local tienen un fuerte impacto en la expectativa de inflación, los precios internos se actualizan gradualmente. Con respecto al petróleo, actualmente el precio interno es de aproximadamente US\$ 68 por barril, mientras que el gas natural que pasa a través de la tarifa se está discutiendo hoy en día.

6) Finalmente, el programa de incentivos establecido por la res. 46-E/2017 del MINEM. La compensación se determinará deduciendo del precio de venta efectivo obtenido de las ventas al mercado interno, incluido el gas natural convencional y no convencional, los precios mínimos de venta establecidos por la res. 46/2017 cada año, multiplicados por los volúmenes de producción de gas no convencional. Los precios mínimos establecidos por la res. 46/2017 son de US\$ 7.50 por MMBTU para 2018, US\$ 7.00 por MMBTU para 2019, US\$ 6.50 por MMBTU para 2020 y US\$ 6.00 por MMBTU para 2021. Dicha compensación será pagada, por cada concesión incluida en el programa, el 88% a las empresas y el 12% a la provincia correspondiente a cada concesión incluida en el programa. La resolución MINEM 447-E/2017 extendió el programa a la producción de gas no convencional de la Cuenca Austral.

aquí propuesta en cuanto a que los entes sectoriales reconocen facultades y obligaciones tendientes a asegurar la competitividad de los sectores regulados y que ello hace necesario que los mismos coordinen su accionar con la autoridad de la LDC, no solo por aquello de que la nueva LDC mantiene derogada la competencia otrora en cabeza de los entes sectoriales de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, sino por una lógica consecuencia de la reforma constitucional del año 1994, la incorporación a través de ella de los preceptos de los arts. 42 y 43, así como por la especialidad y solvencia técnica que reconoce la autoridad de la LDC a partir del establecimiento de un marco institucional acorde con el desafío y la centralidad que nuestra carta fundacional asigna a la competencia.

IV. Algunos casos emblemáticos de coordinación (¿o descoordinación?)

Si bien puede haber otros muchos, hemos arbitrariamente elegido tres casos para comentar, cada uno de ellos referidos a los sectores cuyos marcos normativos hemos reseñado antes.

IV.1. La recomendación competitiva para el precio del calling party pays

El primero y más novedoso a nuestro criterio para el tema aquí tratado, refiere a la recomendación pro competitiva que dictara la autoridad de aplicación de la anterior Ley de Defensa de la Competencia 25.156, con relación a una resolución dictada por el Secretario de Comunicaciones. La recomendación de fecha 8 de mayo de 2002 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), remitida a la Secretaría de Comunicaciones de conformidad con lo previstos en el art. 24, inc. g) de la ley 25.156 (3), ante el documento en consulta que produjera dicha Secretaría (4) a fin de establecer el valor de referencia de la denominada “terminación

(3) “Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados”.

(4) La res. SC 206/2002 adoptó el procedimiento de documento de consulta previsto en el art. 44 del Anexo I de la res. SC 57/1996, aprobatoria del Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones, a los fines de tratar el “Mecanismo para la fijación del valor de referencia de la terminación

de llamada en red de destino” móvil —o TLRD— bajo la modalidad *calling party pays* o abonado llamante paga, o CPP. La situación de hecho se puede resumir como la ausencia de competencia en materia de TLRD como consecuencia lógica de la reversión del pago que operaba como consecuencia del modelo de CPP, en virtud de la cual quien pagaba la TLRD no era en rigor cliente del servicio de telefonía móvil de modo que no tenía forma alguna de incidir en el costo que debía incurrir al llamar a un móvil sujeto a la modalidad CPP. Por su parte, el sujeto llamado se desentendía de tal circunstancia toda vez que no debía asumir el costo de la TLRD en el marco de la modalidad CPP. Adicionalmente, por entonces no había una alternativa a la TLRD, como puede ser el caso de hoy a través de una llamada de Whatsapp. En tal contexto, la propuesta de la Secretaría de Comunicaciones proponía resolver tal circunstancia por la vía de imponer un valor de referencia a fin de que oficie como precio tope que los prestadores de telefonía móvil no tendrían permitido superar, a fin de evitar situaciones de abuso, así como de disparidad de precios por prestadores (por entonces había 5 prestadores móviles). El problema que con buen tino detectó la CNDC radicaba en que a fin de determinar ese valor de referencia, la Secretaría de Comunicaciones proponía invitar a los prestadores de telefonía móvil a que acuerden el valor en cuestión para la TLRD. Con impecable lógica señaló que en tal caso los prestadores estarían en condiciones de acordar el precio de un servicio que ya adolecía de una seria falla de mercado —señalada antes— dando lugar a una situación de coordinación de precios que era prohibida y sancionada por la ley 25.156.

Como consecuencia de ello, la CNDC le recomendó seguir los modelos desarrollados en el derecho comparado, migrando del sistema CPP a uno de interconexión de redes, donde el precio de la TLRD sea objeto de acuerdo entre prestadores, con poderes de negociación semejantes y no ya por el usuario receptor de la llamada CPP, que no tenía interés alguno sobre tal costo, en la medida en que era asumido por el originante de la llamada. Ínterin, le recomendó

de llamada en red de destino (TLRD) en la modalidad abonado llamante paga (CPP)”.

que no invitase a los prestadores a coludir sino que fijase el precio de la TLRD con base en la información que le brinda el segmento competitivo del servicio de telefonía móvil, dado por las llamadas salientes, donde el originante de la llamada, contratante del servicio y que toma a su cargo el costo de la misma, coinciden, de modo que se produce en este caso lo que usualmente acontece en los mercados competitivos, donde el consumidor escoge la oferta que le resulta más satisfactoria, como una combinación de precio y calidad del servicio, preservando su excedente(5).

La Secretaría de Comunicaciones se hizo eco parcial de tal recomendación y avanzó en la forma de determinar el precio de referencia de la TLRD a través de la res. SC 623/2002, con base en el precio promedio registrado para las llamadas salientes, reconocido como mercado competitivo. No avanzó no obstante en la migración hacia un esquema de interconexión como el recomendado por la CNDC para el largo plazo.

IV.2. El caso de la concentración económica de Edenor y Edesur

Este caso es reflejo del método regulatorio conocido como “competencia por comparación”, donde en los mercados afectados por la existencia de un “monopolio natural”, se avanza en el establecimiento de prohibiciones que eviten que un mismo grupo económico consolide el control de las concesionarias de tales servicios monopólicos, a fin de lograr contar con fuentes diversas de información que permitan minimizar la “asimetría de la información” (6) que afecta a todo ente de control o regulador. Ello, junto con la imposición de un régimen de “contabilidad regulatoria” que haga que las concesionarias reflejen sus costos en la contabilidad en forma consistente, permite que el ente de control acceda a información similar proveniente de dos o más oferentes que brindan el mismo servicio, cada una en su área de

(5) No el precio, que restado al valor dará por resultado el excedente del consumidor, sino el precio máximo que estarían dispuestos a pagar, desde su particular punto de vista (subjetivo).

(6) Esto es, que siempre cuenta con menor información que propio sujeto controlado, habida cuenta de que este administra su negocio y registra sus acciones en la contabilidad de modo tal de maximizar su excedente.

prestación, de modo que esté en condiciones de comparar la información recibida a pesar de la presencia de un “monopolio natural”, como ocurriría en un mercado competitivo.

Los pliegos de privatización previeron, en línea con ello, que Edenor y Edesur no podrían ser objeto de control por parte de un mismo grupo económico. Lo cierto es que la concentración económica en cuestión se dio casi con el debut de la exigencia de notificación y aprobación de concentraciones económicas y luego de algunas marchas y contramarchas en las que el ENRE y la autoridad de aplicación de la anterior Ley de Defensa de la Competencia 25.156 debatían sobre la competencia y procedencia de condicionar o no la operación.

Finalmente, fue el ENRE quien exigió al grupo controlante de ambas distribuidoras que cese en el control de las mismas, por encontrarse incurso en la incompatibilidad prevista en los pliegos de la privatización (res. ENRE 480/2000).

El ENRE inició de oficio las actuaciones con motivo de haber tomado conocimiento de la transferencia de acciones de “Enersis SA” o de sociedades accionistas de esta, a favor de sociedades que integran el grupo empresario liderado por la sociedad española “ENDESA SA”, de manera tal que esta última habría devenido controlante de las acciones de aquella empresa y con ello controlante de la sociedad inversora que controla a la distribuidora “Edesur SA” El problema surge porque el referido grupo empresario poseía, simultáneamente con la adquisición referida, una tenencia accionaria importante en la sociedad controlante de “Edenor SA”, a fin de evaluar si tal situación se adecuaba a la legislación especial aplicable.

A tal efecto se requirió colaboración a la CNDC, la que elaboró un informe en el cual después de hacer un desarrollo doctrinario y jurisprudencial del caso, entendía, desde la óptica del derecho de la competencia, que la situación atentaría contra elementales reglas de la competencia comparativa entre las distribuidoras.

Sancionada la ley 25.156 —promulgada el 16/9/1999 (dec. 1019/99), se generó un conflicto negativo de competencia con la CNDC,

resuelto por el Ministro de Economía de la Nación quien determinó que este Ente prosiguiera la investigación, mediante el dictado de la res. 266/2000.

En tal marco, solicitada opinión a la Secretaría de Energía, esta expresó que la ley 24.065 tiene tres objetivos centrales: “El primero es transferir al sector privado la responsabilidad del manejo de las empresas eléctricas existentes y nuevas. El segundo es introducir, hasta donde sea posible, reglas de funcionamiento que permitan el desarrollo de un mercado competitivo, o al menos que simulen su comportamiento. Y el tercero, que está íntimamente ligado a los dos anteriores, es que el proceso de privatización y la evolución posterior del mercado eléctrico no desemboquen en una situación de concentración económica en uno o pocos grupos empresarios, ya que ello atentaría contra el logro de un mercado competitivo”.

La Secretaría de Energía también señaló: “... Por otra parte, la privatización de las empresas del Estado Nacional y los contratos de concesión se diseñaron de modo de incluir todos aquellos criterios y mecanismos que constituyen avances en dirección a favorecer posibilidades de mayor competencia. Así la empresa Segba SA se dividió para la privatización de la distribución en tres áreas que se adjudicaron a diferentes empresas,...”

Para llegar luego a las restricciones verticales en los siguientes términos: “Cumpliendo con el mandato de la Ley, en el proceso de privatización de las empresas de electricidad en poder del Estado Nacional, se estipularon diferentes compromisos y limitaciones relativos a la propiedad de las unidades de negocio resultantes de la división de dichas empresas. Estos compromisos y limitaciones se incluyeron en los diversos documentos que integraron las correspondientes licitaciones, tales como los decretos que aprueban la documentación licitatoria, los pliegos de bases y condiciones, las circulares, los contratos de concesión y los estatutos de las nuevas sociedades”.

Luego, en línea con lo antes señalado con relación a las limitaciones a la integración vertical, señala: “Entre los compromisos y limitaciones más relevantes establecidos en el momento

de la privatización de las unidades de negocio están los siguientes: “Los integrantes y el/los operador/es no podrán ser Integrantes u operadores de más de una oferta por cada sociedad concesionaria. Los integrantes u operadores que quieran participar en ofertas para las dos sociedades concesionarias solo podrán hacerlo bajo la misma conformación en ambas ofertas. El preadjudicatario o adjudicatario de las acciones clase “A” de una sociedad concesionaria, no podrá serlo de la otra sociedad concesionaria”.

Por otra parte, citando un fallo de la Corte Suprema, sostiene “...resulta que el concesionario no puede modificar las condiciones de la concesión, por vía de convenio con terceros, ni alterar los derechos superiores del Estado concedente, para la realización del servicio público de cuya delegación se trata” (CS, “Nación Argentina c. Pcia. de Mendoza”, Fallos 257:173); mientras, conforme lo establecido en el art. 56 inc. a) de la ley 24.065, el Ente debe hacer cumplir esa ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión.

Luego, señala que “...son objetivos de política nacional del sector eléctrico, la promoción de la competitividad en los mercados de demanda de electricidad y el aseguramiento de la competitividad de los mercados, donde sea posible (conforme lo establecido en el art. 2º incs. b) y f)”. En línea con ello, el dec. 714/1992 consignó: “Que resulta conveniente delimitar y definir, dentro de la zona cuyos servicios públicos de electricidad se encuentran sujetos a jurisdicción nacional en los términos de la ley 14.772 y la ley 15.336, las áreas de concesión para cada una de los dos (2) unidades de negocio independientes a constituir, a los efectos de permitir la existencia de criterios de comparación de las condiciones de prestación del servicio público de electricidad en cada área, provocando como reflejo de ello que el concesionario preste un servicio de mayor calidad a sus usuarios”, criterio luego establecido en el art. 14 del mismo. El Pliego de Bases y Condiciones para el concurso realizado para la venta de los paquetes accionarios mayoritarios de “Edenor SA” y “Edesur SA”, en su acápite 3.1.8., dispuso las incompatibilidades para la presentación de ofertas por parte de las sociedades oferentes y sus integrantes.

Luego afirma que “...a mayor abundamiento puede señalarse que el principio orientador de aquellas normas originadas en el proceso de privatización —principio que en un sentido amplio denominaremos ‘competencia por comparación’— ha estado presente como un elemento fundacional de la reforma y privatización del sector eléctrico, así como de otros sectores, asociado a una concepción regulatoria que el transcurso del tiempo ha revelado acertada, especialmente en presencia de dos compañías diferentes de escala similar, independientes entre sí, prestando servicios en vecindad geográfica y sujetas a idénticas normas regulatorias, aportando al Regulador instrumentos adicionales para actuar en beneficio de los usuarios”.

Para concluir que “...las reglas de juego que surgen del pliego de licitación, aceptadas por todos los participantes, disponen con claridad que la participación de los integrantes u operadores en una de las dos Distribuidoras implican la imposibilidad de participar en la otra” y que “...no puede suponerse otro entendimiento al criterio de competencia por comparación que el estricto cumplimiento de los condicionantes de participación accionaria en las empresas que se establecieron en el dec. 714/1992 y el pliego del concurso para la venta de los paquetes mayoritarios de acciones de las Distribuidoras”.

Agrega que el principio fijado se vulnera aun cuando no se hayan producido cambios de las sociedades que integran la sociedad controlante de la Distribuidora “Edesur SA”, y sí lo hayan hecho las sociedades controlantes de las mismas, ya que no puede ser entendido en forma literal, sino en su finalidad que importa la necesidad de inexistencia de una misma voluntad en ambos grupos controlantes, aun cuando fuera minoritaria. En caso contrario, las normas en cuestión serían letra muerta y sin sentido, ya que podrían burlarse cambiando el controlante de esas sociedades y de tal manera lograr el resultado que la norma no quiere.

Con base en todo ello, señala que se ha configurado la situación de incompatibilidad para participar en ambas sociedades que establece la normativa vigente, por lo que corresponde requerir a la empresa controlante del grupo que tiene acciones de las dos sociedades controlantes de las distribuidoras “Edenor SA” y

“Edesur SA”, que se desprenda de dicho control en una de ellas.

IV.3. El caso de la compra de Metrogas por YPF

Este caso refiere a las restricciones a la integración vertical entre productores de gas natural y distribuidores del mismo fluido, a las que ya hemos referido más arriba. Inicialmente aprobado por el Enargas bajo la anterior gestión, so pretexto de la emergencia imperante, YPF recibió luego la instrucción del referido Ente de desprenderse de las participaciones de control sobre la distribuidora.

La toma de control de Metrogas por parte de YPF se encontraba alcanzada por las restricciones a la integración vertical establecidas por el art. 34 de la ley 24.076, no obstante lo cual, la res. Enargas 2566/2013, la autoriza. Sus fundamentos refieren básicamente al hecho (i) que las limitaciones a la integración vertical entre un productor y un distribuidor habría devenido innecesaria en atención a que le Estado Nacional establecería el precio del gas natural en el PIST (Punto de Ingreso al Sistema de Transporte), de modo que ya no se registraría el riesgo de coordinación y fijación de un precio supra competitivo del gas natural distribuido y, (ii) que el nuevo accionista controlante sería conducente al fin de asegurar la prestación del servicio público de distribución de gas natural.

Luego, YPF ha informado a autoridades bursátiles que Metrogas ha recibido una notificación del Enargas a través “...en la cual se solicita adaptar la composición accionaria de Metrogas en consonancia con el plazo previsto en la Ley de Emergencia 25.561 y en cumplimiento con el art. 34 de la ley 24.076”.

IV.4. Abundan casos similares: transmisión eléctrica; telecomunicaciones; mercados mayoristas de electricidad y de gas natural

Estos casos son solo algunos de los muchos que podrían citarse. Por ejemplo, cabría recordar el caso de la recomendación del ENRE en el marco del cambio de control de TranseNER, cuando Pérez Companc intentara vender su participación de co-control a PETROBRAS; cuando se concentraron Movicom y Unifon y la autoridad de aplicación sectorial aprobó la ope-

ración sin intervención previa de la autoridad de competencia, que luego se vio forzada a imponer un plazo para el cumplimiento de la condición establecida bajo el art. 13, inc. b) de la ley 25.156, a través de la res. 196/2004 que hiciera propio el dictamen CNDC; situación que se acaba de repetir con las res. Enacom 5644/2017 y Secretaría de Comercio 374/2018, con el agravante que en este último caso encuadró la aprobación en el inc. a) del art. 13 de la ley 25.156, es decir, no lo consideró un condicionamiento; cuando el Enacom avanza en regular los mercados convergentes antes referidos sin consulta alguna a la autoridad de la LDC; por nombrar algunos casos.

Y, con la misma vigencia del caso señalado en último término, cabe recordar que el Ejecutivo Nacional ha regulado el Mercado a Término de Energía Eléctrica de Fuente Renovable —Mater— (res. MEyM 281-2017), así como se propone restablecer el Mercado a Término de Energía Eléctrica pero para fuentes convencionales, intervenido desde el año 2013 (res. SE 95/13) y, por cierto, se ha perdido allí —hasta donde es de nuestro conocimiento— una inmejorable ocasión para que la autoridad de la LDC se empiece a involucrar más en los marcos regulatorios sectoriales, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 42 de nuestra carta fundacional, con el particular foco que le ha dado la legislación en la nueva LDC.

Otro caso de enorme actualidad está dado por el traslado a la tarifa de distribución de gas natural del precio acordado entre sus productores y los distribuidores, donde el Enargas aprobó ciertos precios de compraventa de gas natural en dólares estadounidenses que fueron reflejados en el cuadro tarifario en pesos y ahora se demora el traslado de los nuevos valores resultantes de la importante devaluación de la moneda local (de \$ 18.20 a los valores actuales) (7).

(7) El precio del contrato de suministro está en línea con los precios del gas en el PIST (o Punto de Ingreso al Sistema de Transporte) aprobados para el período abril-octubre 2018 a través de las res. MINEM 212/2016, 74/2017 y 474/2017, cuando el dólar cotizaba a \$ 17,71 (res. MINEM 212/2016), a \$ 17,02 (res. MINEM 74/2017) y \$ 17,72 (res. MINEM 474/2017).

Al dictar las res. MINEM 212/2016, 74/2017 y 474/2017 el MINEM afirmó que el precio del gas en el PIST debía ser fijado en pesos tomando como referencia valores del

Resulta evidente que un mercado no puede funcionar competitivamente en tal contexto.

mercado fijados en dólares por ser la práctica habitual, en el mercado de los hidrocarburos, referir a los valores en dólares; y que de producirse variaciones bruscas del tipo de cambio, tales circunstancias debían ser contempladas para garantizar los derechos de los usuarios.

En marzo de 2017 el MINEM determinó los nuevos precios en el PIST para el gas natural con vigencia a partir del 1/4/2017 (res. MINEM 74/2017). Allí se aclaró que:

— “Los niveles de precio para cada nivel tarifario propuesto resulta de considerar el precio y el tipo de cambio vigente durante el período de referencia abril de 2017 a octubre de 2017 de \$ 17,02 pesos por dólar, calculado en base a la encuesta que realiza el Banco Central de la República Argentina (‘Resultados del Relevamiento de Expectativas de Mercado [REM]’, enero 2017)”.

— El precio de gas en el PIST se determinó en pesos “tomando como referencia valores del mercado fijados en dólares, siendo la práctica habitual, en el mercado de los hidrocarburos, referir a los valores en dólares, como sucede en tantos otros sectores de la economía, particularmente aquellos que son influidos por precios internacionales”.

— “...en el tránsito hacia valores de mercado de los precios de gas en el PIST, tal como lo prevé la ley 24.076, se realizan estimaciones utilizando el valor de referencia del dólar estadounidense, todo lo cual no obsta que, de producirse variaciones bruscas del tipo de cambio, tales circunstancias sean contempladas en oportunidad de realizarse los ajustes de los precios previstos en el sendero de reducción gradual de subsidios, para cada semestre, a los efectos de garantizar los derechos de los usuarios”.

— “...el valor de la mentada divisa no es el único componente que se tiene en cuenta en las estimaciones, sino que se deben considerar particularmente las eventuales variaciones en los precios de mercado y otras circunstancias del mercado”.

A través de la res. Enargas 4354/2017 el Enargas ajustó los cuadros tarifarios a aplicar en la exacta incidencia del efecto del cambio de precio del gas natural y del gas propano fijado por la res. MINEM 74/2017, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 9.4.2 de las Reglas Básicas del Servicio de Distribución corresponde.

En diciembre de 2017 el MINEM determinó los nuevos precios en el PIST para el gas natural con vigencia a partir del 1/12/2017 (res. MINEM 474/2017), reiterando las consideraciones referidas.

Ante la finalización de la emergencia pública declarada por la ley 25.561, el MINEM suscribió con los distribuidores las “Bases y condiciones para el abastecimiento de gas natural a distribuidoras de gas por redes” a fin de posibilitar el proceso de transición. Allí se previó:

— Que las distribuidoras deben celebrar acuerdos de suministro con productores sobre la base de lo establecido en las “Bases y condiciones para el abastecimiento de gas natural a distribuidoras de gas por redes”.

V. Recomendaciones de la OCDE sobre el rol de la autoridad de Competencia a fin de alcanzar la coordinación intra e interjurisdiccional

A fin de buscar un estándar acerca del rol que cabe reconocer en la autoridad de aplicación

— Estos acuerdos entran en vigencia el 1/1/2018 hasta el 31/12/2019.

— El MINEM reconoce el derecho de la distribuidora a que le sea reconocido el costo de adquisición de gas natural a través de su traslado a las tarifas y a dejar sin efecto el acuerdo de suministro en forma anticipada en el supuesto en que los costos de adquisición de gas no sean reconocidos en los términos del art. 38 de la ley 24.076.

— En el Anexo III se establece el precio máximo del acuerdo de suministro.

— Las facturas serán emitidas en dólares estadounidenses y serán pagaderas en pesos al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina del cierre del día anterior a la fecha de pago.

— El plazo de pago es de 75 días contados desde el último día del mes de inyección.

En enero de 2018 las Distribuidoras suscribieron el acuerdo de suministro con productores con un precio en dólares estadounidenses.

A través de la res. Enargas 301/2018 el Enargas autorizó el traslado a tarifa del precio del gas pactado con los productores por aplicación de lo establecido en el numeral 9.4.2 de las RBLD, con sustento en el art. 38, inc. c) de la ley 24.065. En ocasión del establecimiento de los cuadros tarifarios para el período abril-octubre 2018, GNB propuso para la determinación del tipo de cambio la utilización de la cotización ROFEX a septiembre de 2018 que era de US\$ 22.29; y que no obstante ello el Enargas resolvió que el valor del tipo de cambio surgiría del valor de la divisa del día 15 del mes anterior a la entrada en vigencia de los cuadros tarifarios, esto es 20.35 US\$. Allí se aclaró que:

— “...Si bien los precios acordados en las “Bases y Condiciones para el Abastecimiento de Gas Natural a Distribuidoras de Gas Natural por Redes” siguen una senda similar a la planteada originalmente por el sendero de precios establecido por el MINEM, constituyen un mecanismo independiente y sirven de marco para el abastecimiento de gas a partir del 1º de abril de 2018 y durante un período de dos (2) años”.

— “...los precios pactados se encuentran denominados en dólares estadounidenses, y corresponde que sean convertidos a pesos de acuerdo al tipo de cambio del Banco de la Nación Argentina para el Dólar Divisa correspondiente a un cierre cercano a la fecha de entrada en vigencia de los cuadros tarifarios”.

— “...el valor del tipo de cambio del dólar estadounidense que se tomará para trasladar los precios de gas natural de los contratos, celebrados en dicha moneda, no surgirá de un mercado de futuros ni del ROFEX”.

— “...el valor del tipo de cambio quedará inalterable durante el semestre correspondiente”.

de la Ley de Defensa de la Competencia entre los países que se encuentran a la vanguardia en el tema, hemos recurrido a la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (“Organisation for Economic Co-operation and Development” — OCDE), que publica el “Competition Assessment Toolkit” desde el año 2007 en dos volúmenes, vol. 1 Principios y vol. 2 Orientación. En 2010, se publicó una revisión (versión 2.0) para incluir ejemplos adicionales de los beneficios de la competencia y una introducción a la lista de verificación de la competencia. En 2015, se publicó un tercer volumen, el Manual de operaciones, para proporcionar una guía paso a paso para realizar una evaluación de la competencia. Los volúmenes 1 (8) y 2 (9) también fueron revisados. El manual operacional (10) complementa los Volúmenes 1 y 2 y los tres volúmenes constituyen conjuntamente el Juego de Herramientas de Evaluación de la Competencia (versión 3.0).

En el volumen 1, los principios recomendados sugieren que las autoridades de competencia lleven adelante una revisión de toda la legislación existente a fin de detectar todos aquellos aspectos que deberían ser modificados a fin de eliminar las distorsiones a la competencia que usualmente se encuentran. Adicionalmente, recomienda que se participe en el proceso de gestión de toda nueva legislación que tienda a regular los mercados. Luego, y ante la dimen-

— “...toda vez que se encuentra vigente el mecanismo previsto en el art. 38 de la ley 24.076 y su reglamentación, así como las previsiones del Capítulo IX de las Reglas Básicas de la Licencia para la consideración del traslado a tarifas del precio de gas en boca de pozo, corresponde su estricto cumplimiento de manera que las variaciones del precio de adquisición del gas sean trasladados a la tarifa final al usuario sin producir beneficios ni pérdidas al distribuidor”.

— “...cualquier diferencia que se pudiera producir como consecuencia de variaciones en el tipo de cambio previsto, será contemplada en el próximo período estacional mediante la aplicación del procedimiento establecido en el punto 9.4.2.5. de las RBLD”.

(8) OECD, “Competition Assessment Toolkit: Volume 1. Principles”, 2017, www.oecd.org/competition/toolkit.

(9) OECD, “Competition Assessment Toolkit: Volume 2. Guidance”, 2017, www.oecd.org/competition/toolkit.

(10) OECD, “Competition Assessment Toolkit: Volume 3. Operational Manual”, 2017, www.oecd.org/competition/toolkit.

sión de la tarea, señala que ello puede hacerse en fases, en cuyo caso sugiere empezar por participar en el proceso de elaboración de las nuevas normas que puedan afectar la competencia. Claramente, sobre este particular en nuestro país está todo por hacerse.

En el Reino Unido, “the regulatory gatekeeper”, “the Better Regulation Executive” (BRE), tiene la responsabilidad de revisar el impacto de las nuevas propuestas regulatorias. Bajo las pautas publicadas por el Departamento de Negocios en marzo de 2015, se estima que las regulaciones que tendrán un efecto positivo en la competencia se pueden contar como que tiene un costo neto cero y, por lo tanto, que son de rápido control y seguimiento a través del proceso de evaluación de impacto. Los legisladores también tienen discreción para evaluar si su propuesta tendrá un impacto negativo en la competencia. Los entes sectoriales pueden buscar el consejo de la Competencia y Autoridad de Mercados (“Competition and Markets Authority” - CMA), si sus propuestas plantean problemas de competencia que puede requerir un análisis adicional. El CMA también tiene el poder de hacer recomendaciones a los ministros si le preocupa el impacto potencial en materia de competencia de propuestas de legislación. Para realizar una evaluación de mayor alcance y más exhaustiva que la lista de verificación de la competencia (que el Toolkit provee), la autoridad necesitará competencias para proceder a la definición de mercado y conducir el análisis de competencia. Por esta razón, algunos países requieren que sus autoridades de competencia revisen cualquier nueva ley o regulaciones que se espera que tengan un impacto económico antes de la las disposiciones en cuestión se promulgan.

Por ejemplo, en México, la autoridad de competencia debe revisar cualquier nueva legislación secundaria con posibles efectos en la competencia. En Corea, la autoridad de competencia tiene la responsabilidad de revisar las nuevas regulaciones. En Hungría, la autoridad de competencia debe presentar sus comentarios sobre nuevas regulaciones. Muchos otros países celebran consultas horizontales antes de la adopción de nuevas regulaciones. Tales consultas funcionan mejor cuando la intervención de los revisores es exigida desde el inicio del

proceso de redacción de la normativa en cuestión, sin perjuicio de que no están obligados a enviar sus comentarios sobre todas las políticas, y pueden intervenir cuando creen que puede haber un problema potencial significativo.

Un aspecto adicional que nuestra legislación cumplirá adecuadamente una vez que se encuentre implementada la nueva autoridad de la también nueva LDC, es la independencia de esta frente a los entes sectoriales. Como hemos visto, en este aspecto ha sido adecuadamente contemplado por la nueva LDC y esa virtud se materializaría tan pronto como las nuevas autoridades sean designadas al cabo del concurso de oposición de antecedentes que principiaría en forma inminente y nos llevaría a contar con la nueva autoridad de la LDC hacia mediados del 2019.

Luego se pregunta ¿Cómo pueden —quienes formulan las políticas pero no tienen responsabilidad alguna por la calidad o competencia que generan— recibir incentivos necesarios para realizar una adecuada evaluación? Se responde afirmando que hay varias opciones disponibles para alentar a los formuladores de políticas a abrazar y ejecutar apropiadamente evaluaciones de competencia, y mejorar sus habilidades de evaluación, de la siguiente manera: a) incluir una evaluación del impacto en la competencia de la regulación en estudio (“competition assessment in Regulatory Impact Analysis” - RIA); b) recompensas financieras; y c) entrenamiento de mejores prácticas. El análisis que propone refiere a la implantación de un proceso formalizado para el análisis del impacto competitivo de la regulación, tendiente a comprobar que los costos a asumir son menores que los beneficios buscados.

Para 2009, más de 30 países miembros de la OCDE tenían procesos de RIA establecidos y el elemento de competencia de la evaluación se llamó formalmente Evaluación de la Competencia (“Competition Assessment”). La inclusión de la evaluación del impacto competitivo dentro del RIA es una tendencia constante entre esos países. En el Reino Unido, la evaluación del impacto de la competencia se introdujo en el RIA en 2002 y, en la Comisión Europea, evaluación de la competencia ha sido parte del RIA desde 2005. En los Estados Unidos, los documentos de orientación del RIA explícitamente requieren la consideración de los impactos del mercado. En

2007, Corea introdujo la evaluación de la competencia en su proceso de revisión del gobierno para una nueva regulación. En 2008, Indonesia introdujo evaluación de la competencia. En 2013, México incluyó la evaluación de la competencia como parte de su proceso de revisión de RIA. En 2017, China presentó su “Sistema de Revisión de Competencia Justa”, y Japón e India introdujeron directrices sobre evaluación de la competencia. Ello ha demostrado que darle a la autoridad de competencia la posibilidad de tener un papel en esta área también reduce la necesidad de agencias reguladoras de re-entrenar a su personal, a fin de que puedan evaluar el impacto competitivo de la regulación.

Por su parte, la opción de la recompensa financiera (“Financial Reward to local jurisdictions”), es un incentivo que se basa en la compartición de la mayor recaudación que reconocerá el Impuesto a las Ganancias que se sigue de la materialización de regulaciones menos restrictivas de la competencia.

Finalmente, una opción relevante es la capacitación en las “Mejores prácticas”, a fin de garantizar el éxito de una evaluación de competencia. Muchos de quienes formulan políticas están especializados en dominios que no se relacionan con efectos o economía y no se puede esperar que evalúen los problemas de competencia apropiadamente sin entrenamiento específico.

Los recursos necesarios para una evaluación efectiva de la competencia del programa pueden ser relativamente reducidos. Por ejemplo, cuando el Reino Unido implementó su programa de evaluación de la competencia, dos miembros del personal de la Office of Fair Trading (OFT) desempeñaron un papel muy activo, y solo un pequeño porcentaje de las aproximadamente 400 regulaciones revisadas cada año recibió un escrutinio detallado. El resto se evaluó mediante un filtro de competencia, similar a la lista de verificación de la competencia (propuesta por el Toolkit de la OCDE más arriba que evita definir mercados y realizar el análisis de fondo) que permite a los funcionarios diagnosticar rápidamente cualquier competencia potencial problemas que surgen de una política.

Luego, el volumen 2 establece los lineamientos para llevar a la práctica tales principios; enseñándonos los rudimentos regulatorios tales como que: a) los “monopolios naturales” requieren la regulación tarifaria dado que los precios nunca igualarán los costos en forma espontánea como ocurre en los mercados competitivos, lo que lleva consecuentemente a la necesidad de regular la calidad del servicio a fin de que ello no redunde en una variable indirecta de manipulación del precio; b) las “externalidades negativas” deben “internalizarse” a través de impuestos, cuotas o créditos (ej. bonos verdes); c) la seguridad de los consumidores se logra a través del establecimiento de estándares de calidad (ej. autos); etc.

Como la OCDE (1997) ha observado antes: “Las políticas económicas y sociales deberían apoyarse mutuamente. Restricciones a la competencia, como limitaciones de entrada, precio, salida, o métodos de producción, son formas muy costosas de promover tales intereses públicos [y] a menudo han sido ineficaces... Hay enfoques de menor costo, como incentivos de mercado o enfoques que son neutrales a la competencia y funcionan mejor dentro mercados competitivos. Cualquier enfoque que se tome debe ser evaluado para la efectividad. Estándares razonables aplicables a todos productores, con base en el análisis costo-beneficio, criterios científicos y técnicas de evaluación de riesgos, y respaldado por la aplicación, son cruciales para una regulación sólida” (11) (vol. 2, p. 10).

La mayoría de los miembros de la OCDE tiene alguna forma de proceso de reducción de las regulaciones (vol. 2, p. 16).

Algunos de los ejemplos usuales de regulaciones anticompetitivas que se registran en

(11) As the OECD (1997) has noted before: “Economic and social policies should be mutually supportive. Restrictions on competition —such as limitations on entry, price, output, or production methods— are very costly ways to promote such public interests [and] have often been ineffective... There may be lower-cost approaches such as market incentives or approaches that are competition-neutral that work better within competitive markets. Whatever approach is taken should be evaluated for effectiveness. Reasonable standards applicable to all producers, based on benefit-cost analysis, scientific criteria, and risk assessment techniques, and underpinned by effective enforcement, are crucial to sound regulation”.

ausencia del proceso de control que propone OCDE son (vol. 2, ps. 22 y ss.):

a) Imposición de barreras innecesarias a la competencia, donde pone como ejemplos los casos de la regulación de la instalación de farmacias y el caso de las telecomunicaciones ante la imposibilidad de los entrantes de acceder a las redes de los establecidos.

b) Limitaciones al desarrollo de eficiencias a partir de acuerdos de colaboración entre competidores, que pueden redundar en una baja de precios si se registra competencia “aguas abajo”, como pueden ser acuerdos de investigación y desarrollo o producción conjunta, donde se logran en forma colaborativa mayores beneficios (se realizan investigaciones que no podrían hacerse en forma individual, así como se obtienen mejores economías de escala y alcance), cuando el análisis debería estar encaminado a verificar que tales beneficios se vean más que compensados por las limitaciones a la competencia que implican, así como que no se registre un modo alternativo —menos restrictivo de la competencia— para lograr similar efecto, en cuyo caso es en el interés común que este tipo de acuerdos sean posibilitados (cabe reconocer en tal sentido le art. 29 de la nueva LDC (12)).

c) Imposición de mayores costos a los rivales, señalando como ejemplos a las compañías de telecomunicaciones tradicionales que intentan prevenir que los rivales obtengan acceso (fácil) a sus redes, lo que tiene implicaciones para los servicios de internet y los mercados telefónicos, así como comportamientos similares se pueden encontrar en la industria eléctrica donde los titulares intentan imponer costos a los competidores que intentan ganar acceso a la red de transmisión. Otra forma de imponer mayores costos es a través de la imposición de nuevas y más exigentes regulaciones ambientales (*grandfather clauses*). Estas cláusulas permiten que las empresas establecidas continúen operando bajo las reglas anteriores durante un período de tiempo mientras se fuerza cualquier nuevo negocio para cumplir con los estándares de inmediato. Esto puede crear asimetrías de costos significativas entre los titulares y los participantes con un daño considerable a la competencia (un ejemplo muy presente en nuestro país es que las entrantes al mercado de televisión paga y de banda ancha fija deben realizar despliegues soterrados, cuando los establecidos lo han hecho en forma aérea y continúan autorizados a realizar expansiones de red por esa vía, lo que se traduce en costos varias veces superiores).

Dado que uno de los objetivos detrás de este tipo de comportamiento es dificultar que los rivales —un actor menor o un posible participante— puedan competir, ello tiene un impacto negativo en los mercados y en —consecuentemente— los consumidores, la evaluación de la competencia debe analizar cuidadosamente las explicaciones alternativas para tal comportamiento y eliminar el aspectos indeseables y anticompetitivos.

Por otra parte, OCDE destaca las reglas y regulaciones que pueden limitar el número o rango de proveedores: a) cuando se aumenta significativa e injustificadamente el costo de entrada o salida de un proveedor; b) cuando se otorga derechos exclusivos para que una empresa suministre un producto o servicio; c) cuando se establece una licencia, permiso o proceso de autorización como requisito de operación; d) cuando se limita la capacidad de algunos tipos de empresas para participar en licitaciones públicas; e) cuando se crea una barrera geográfica a la capacidad de las empresas para suministrar

(12) “El Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo que establezca la reglamentación, podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art. 2º de la presente, que a la sana discreción del tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general”. Reglamentado en los siguientes términos: “A efectos de lo establecido en el art. 29 de la ley 27.442, el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá verificar el cumplimiento de las siguientes condiciones respecto de los contratos, convenios y/o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art. 2º de la mencionada Ley:

“a. Que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios.

“b. Que fomenten el progreso técnico o económico.

“c. Que generen beneficios concretos para los consumidores.

“d. Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos establecidos en los incs. a), b) y c).

“e. Que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión”.

bienes o servicios, invertir capital o suministrar mano de obra.

Históricamente, los responsables de la formulación de políticas regulatorias han sabido escudarse en razones económicas y sociales para imponer restricciones al número y tipo de empresas. La preocupación, sin embargo, es que tales regulaciones pueden terminar perjudicando el nivel de competencia en el mercado con efectos potencialmente adversos efectos sobre el bienestar del consumidor. Por lo tanto, en circunstancias en las que el número o el rango o tipo de proveedores podrían verse afectado, valdría la pena llevar a cabo una investigación exhaustiva de los beneficios y costos de la propuesta de regulación y la posible pérdida de competencia.

Lo que hemos relatado muy brevemente es tan solo una muestra de lo evolucionado que está el tema entre los países miembros de la OCDE. En efecto, la lectura del “Competition Assessment Toolkit” desarrollado por la OCDE debería ser incorporado cual manual de procedimiento a todas las reparticiones gubernamentales con capacidad de regular mercados, dado que reconoce un nivel de detalle y especificidad acerca de las regulaciones que deben evitarse, así como los efectos competitivos de aquellas otras que se recomiendan, que allanaría notoriamente las tareas de tales reguladores, reduciendo la “curva de aprendizaje” y el mecanismo de “ensayo-error-corrección” que usualmente se percibe en la regulación económica argentina.

VI. Conclusiones: está todo por hacerse

A partir del análisis que hemos realizado, creemos haber echado algo de luz sobre la articulación de competencias entre la autoridad de

la LDC y las correspondientes a otras reparticiones con capacidad de regular los mercados.

En efecto, todo parece indicar que tanto el constituyente en la reforma del año 1994 —a través de los nuevos arts. 42 y 43 de la CN— como el legislador nacional, mediante la LDC, han dado un mandato fuerte y claro a las autoridades que conforman los distintos estamentos de los demás poderes públicos de asegurar los mercados contra toda distorsión a la competencia, así como de proceder a la regulación de los monopolios naturales a fin garantizar los derechos económicos de los consumidores. Es decir, surge con claridad a nuestro criterio que hoy día las autoridades deben cumplir con la obligación de construir mercados competitivos, así como que ello no es privilegio solo de la autoridad de la LDC, sino que se expande a todas las autoridades públicas.

Hemos, asimismo, relevado alguna casuística que muestra evidencias tanto de coordinación como de desarticulación de las competencias atribuidas a distintos estamentos del poder público, encontrándose indicios ciertos de que resta una enorme tarea de coordinación a fin de dar cabal cumplimiento al mandato constitucional. A su vez, hemos visto que los cambios regulatorios en ciernes recomiendan especial énfasis y celeridad en tal cometido, en la medida en que de ello depende la mejora de la oferta competitiva de nuestro país.

Por último, hemos tenido oportunidad de verificar que las autoridades argentinas cuentan con herramientas ya desarrolladas por la OCDE, de las cuales podrían valerse para cumplir con tan ambicioso objetivo. Ello, a su turno, guardaría coherencia con los ingentes esfuerzos de las autoridades nacionales de convertir a nuestro país en miembro de la OCDE.

Bienvenida, Sala Especializada en Defensa de la Competencia

WALTER BEVERAGGI DE LA SERNA (*)

I. Palabras preliminares

La nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) introduce, entre otras tantas novedades, la creación de una sala especializada en Defensa de la Competencia que actuará dentro de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal. De esta manera, como primera cuestión a resaltar, se pone fin a una vieja discusión que trajo aparejada la norma predecesora sobre quién resultaba competente para entender en los recursos directos interpuestos contra decisiones de la autoridad de aplicación y/o cualquier otra acción preventiva o de fondo que se quisiese iniciar con base en la legislación antimonopólica.

A su vez, resulta auspicioso que se haya puesto el foco en la singularidad que requiere el análisis de las cuestiones que hacen a esta materia y la especialidad que deben contar los jueces para su correcto tratamiento, aunque esto solo sea circunscripto al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II. Los problemáticos antecedentes

Con dudosa legalidad, el dec. 1019/1999 que promulgó a la ley 25.156 alteró la redacción del art. 53 que asignaba originariamente al fuero local en lo Comercial el tratamiento de los recur-

sos de apelación interpuestos contra las decisiones del otrora Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en la jurisdicción de la Capital Federal. Así, pues, a través de la supresión de la frase “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o a la”, se remitía —sin más— a la Cámara Federal que corresponda (dado que también se eliminó la parte que indicaba “en el interior del país”).

Frente a ello, la CS resolvió en el año 2000 en el precedente “Imagen Satelital SA c. Cablevisión SA” (1) que era competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico para entender en una medida cautelar si concernía estrictamente a hechos que fueron motivo de denuncia ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y era fundada en la insuficiencia de facultades de ese órgano administrativo para proveer tal especie de requerimiento de corte jurisdiccional. Asimismo, agregó que si bien el texto final del art. 53 de la ley 25.156 (es decir, con la observación del PEN) no precisa cuál era el tribunal de apelación, pues por efecto del veto parcial quedó una referencia a la “Cámara Federal que corresponda”, una interpretación acorde con los propósitos manifestados al rectificar la norma sancionada, indicaba que se persiguió mantener la competencia asignada en la derogada ley 22.262 a la referida cámara.

Con posterioridad, la reglamentación de la ley llevada a cabo mediante el dec. 89/2001 dispuso que eran competentes para entender en los recursos de apelación en los términos del

(*) Abogado especializado en defensa de la competencia. Becario de la Fundación Carolina para la realización del Máster en Derecho de la Globalización (Univ. de Navarra - España, 2010); actualmente realizando el doctorado con tesis proyectada en Defensa de la Competencia (UBA). Profesor auxiliar desde 2013 al presente en Elementos de Derecho Comercial (UBA).

(1) Fallos 323:2577.

art. 53 la Cámara Federal en lo Civil y Comercial en la Ciudad de Buenos Aires y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, apartándose de este modo al antecedente de la ley 22.262 que fijaba esta competencia a los jueces en lo penal económico de la Ciudad de Buenos Aires.

Pese a ello, atendiendo a una interpretación restrictiva de las facultades del Ejecutivo de otorgar competencia a un tribunal por vía de un decreto, la Cámara Nacional en lo Penal Económico reivindicó sus facultades jurisdiccionales en el precedente “Loma Negra” (2). Dicha decisión fue avalada por la CS en el fallo “YPF” (3) al agregar que ello guardaba coherencia con el art. 56 de la ley 25.156, norma en la cual había fundado su reclamo el actor y que disponía la aplicación de los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la ley.

Ante semejante incertidumbre, durante los últimos años de la vigencia de la ley 25.156, existió una suerte de entendimiento “de tipo salomónico” por el cual el fuero Civil y Comercial Federal resultaba competente en todo lo relacionado con el control de concentraciones económicas y la Cámara Nacional en lo Penal Económico lo era en lo relativo con el análisis de conductas anticompetitivas (4).

Sin embargo, como si se tratase de un nuevo capítulo de una desconcertante saga, la reforma introducida por la ley 26.993 (5), en el marco del denominado “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo” (6), asignó la competencia por asuntos antitrust a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Re-

laciones de Consumo (7), la cual nunca llegó a conformarse, pero sin modificar el decreto reglamentario.

De todos modos, aquel nuevo fuero jamás fue instituido (8) a nivel federal y se acordó que quede asignado a la órbita del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco del programa de transferencia de la justicia ordinaria todavía en proceso (9).

III. El sistema actual

El art. 67 de la LDC establece que el recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la resolución. A su vez, encomienda al TDC que eleve la apelación junto con su contestación, en un plazo de diez (10) días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dicho proceso tramitará ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, que se crea en el Capítulo XI de la LDC. En caso de ser un asunto del interior del país deberá remitirse a la Cámara Federal que corresponda.

Por su parte, el dec. 480/2018 selló la definición que hasta tanto se concrete la efectiva integración de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la Cámara Nacional de

(2) CNPenal Económico, sala B, 9/3/2006, “Loma Negra Compañía Industrial SA s/ley 22.262”.

(3) CS, 21/3/2006, “Repsol YPF GLP envasado en la Ciudad de San Nicolás s/rec. de queja” (Fallos 329:860).

(4) RÓPOLO, Esteban P. - CERVIO, Guillermo J., *Ley 25.156 de Defensa de la Competencia: comentada y anotada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 548.

(5) BO del 19/9/2014.

(6) Mediante el cual se modificó la ley 20.680 de Abastecimiento, ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ley 22.802 de Lealtad Comercial y ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

(7) La Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo iba a contar con 2 salas de apelaciones, 8 juzgados de primera instancia, como así también 3 fiscalías y 3 defensorías.

(8) La CFed. Contencioso-administrativo, sala II, resolvió en los autos “Ministerio Público Fiscal CABA c. EN s/proceso de conocimiento” con fecha 1/9/2015 suspender cautelarmente los concursos nros. 351 y 352 promovidos por el Consejo de la Magistratura a fin de cubrir los cargos de las dos salas y juzgados de dicho fuero, respectivamente.

(9) El Estado Nacional transfirió a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la competencia ordinaria en los conflictos de las relaciones de consumo mediante la firma del Convenio interjurisdiccional de transferencia de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo celebrado el 19/1/2017.

Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal actuará como instancia judicial revisora de las sanciones y resoluciones administrativas aplicadas por el TDC o del organismo que transitoriamente desempeñe sus funciones hasta tanto este último también sea conformado (10).

IV. La creación de la sala especializada en Defensa de la Competencia

El art. 68 de la LDC manda a crear dicha sala especializada en Defensa de la Competencia, con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se integrará con tres vocales, siendo uno de ellos su presidente, y una secretaria.

A esta sala le corresponderá entender como tribunal de alzada en el recurso de apelación previsto en el art. 66 de la LDC (11). Por lo que intervendrá como instancia judicial revisora de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que establezcan: (i) sanciones según el art. 55 de la LDC, (ii) órdenes de cese o la abstención de una conducta (arts. 44 y 55:a), (iii) oposición o condicionamiento en el marco de un análisis de concentración (art. 14), (iv) desestimación de una denuncia de conducta anticompetitiva y (v) rechazo de una solicitud de acogimiento al programa de clemencia (art. 60).

En efecto, esta norma indica taxativamente un *numero clausus* sobre las resoluciones pasibles de ser recurridas. Sin embargo, debe interpretarse en sentido amplio y admitir cuestionamientos a otro tipo de decisorios que puedan generar una genuina afectación a un

interés tutelado de los involucrados en el procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de ello, esta sala especializada también hará de tribunal de alzada en las decisiones judiciales que tramiten en materia de Defensa de la Competencia y que no tengan un origen administrativo, como por ejemplo: medidas cautelares, acciones judiciales de nulidad de acuerdos violatorios del art. 8° de la LDC (12), entre otras. Dichos procesos deberán indubitablemente ser promovidos en los juzgados de primera instancia en lo Civil y Comercial Federal en tanto el fuero asignado por la ley y la Cámara reglamentará la asignación de las causas a la sala en cuestión para que sobre ellas recaiga el estudio de las posibles apelaciones.

Sin perjuicio de ello, este tribunal no tendrá el “monopolio” del tratamiento de esta materia. Ello así, porque además concurren otras vías “no tradicionales” de actuación judicial de los principios rectores de la política antimonopólica, como por ejemplo: a través de las acciones individuales de daños y perjuicios contra quienes incumplan algún precepto de la LDC. Esta forma de aplicación privada del derecho de la competencia se ejercerá a través de la justicia ordinaria de los poderes judiciales de las provincias y en el ámbito de la Capital Federal en los juzgados de primera instancia de la Cámara Nacional en lo Comercial. Además, estos intervendrán también en los procesos concursales en donde ocasionalmente se presentan cuestiones de derecho antitrust (13).

(10) El Consejo de la Magistratura promovió el concurso nro. 415 destinado a cubrir tres cargos de vocal en la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal de la Capital Federal (aún no habilitada).

(11) De este modo lo ha entendido la CNFed. Civ. y Com., sala 3ª, 15/8/2002, “Indura c. CNDC”; al sostener que todas las resoluciones dictadas por la CNDC en el marco de expedientes administrativos son susceptibles de revisión judicial por la vía de apelación siempre que causaran un gravamen irreparable por aplicación del art. 449 del Cód. Proc. Penal. Ver en MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Actualidad en derecho de la competencia”, RDCO 206-547.

(12) COUTINHO DE ABREU, J. M., “La aplicación judicial del derecho de la competencia en Portugal”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, ps. 43-60.

(13) Vítolo pone como ejemplo el caso en que un acreedor cuyo crédito resulte verificado o declarado admisible resulte competidor del deudor concursado, el juez, mediante la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, privarlo de ser considerado en el cómputo de la base de cálculo para la conclusión del acuerdo preventivo si asume el rol de acreedor hostil. Ver en VÍTOLO, Daniel R., “Apuntes referidos a la Defensa de la Competencia en el ámbito concursal y exclusión del acreedor de la base de cálculo para la conformación del acuerdo preventivo”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) - TAJAN, Guillermina (dir.), *Derecho de la competencia y su control judicial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 420.

V. Ventajas de contar con una sala especializada

La importancia de instituir un tribunal especialista en esta materia va a estar dado por el trascendente rol que como órgano jurisdiccional va a desempeñar al asegurar el debido proceso y al aplicar principios sustantivos y económicos propios de esta materia tanto en la revisión de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia como de las instancias de grado.

En efecto, el diseño institucional articulado desde la creación de la CNDC por la ley 22.262, mantenido en la ley 25.156 y profundizado por la actual LDC, en donde interviene un organismo administrativo experto en estos asuntos se ha superado al establecer un órgano jurisdiccional específico, al menos en la Ciudad de Buenos Aires.

La profesionalización del órgano judicial revisor resulta un salto cualitativo en el estudio de la actuación de la autoridad de aplicación. Esto redundará en el esmero del organismo por un mejor funcionamiento trayendo aparejado seguridad jurídica y un sistema predecible, beneficioso para los mercados y sus negocios.

Se ha señalado que las principales ventajas de contar con un tribunal judicial especializado radican principalmente en una mayor eficiencia propiciada por la repetición y la estandarización de tareas, la destreza y experiencia de los juzgadores que revisan y comprenden la evidencia económica, así como los argumentos que sustentan los casos de competencia (14).

Por ello, sería interesante que pueda contar con asesoramiento puntual de expertos utilizando la figura del *amicus curiae* (15). En este ámbito, esta posibilidad de requerir colabora-

ción de especialistas en la materia puede reportar de una significativa ayuda en asuntos en los que se sustancien variables económicas de gran complejidad, en la medida en que estos tienen amplia experiencia para definir con exactitud el alcance y significado de determinados conceptos de naturaleza eminentemente económica que en ocasiones pueden ser extraños a los jueces (16).

A su vez, como en todo proceso, la eficiencia va estar dada, por un lado, en el tiempo que dure el estudio del caso hasta la obtención de un pronunciamiento y, por el otro, en la certidumbre que genera la uniformidad de las decisiones. Esto último se logra rápidamente a través de la concentración de todos los casos de un tipo determinado en un solo órgano jurisdiccional. En otras palabras, la especialización temática y una reducción en el número de juzgadores promoverán sin dudas un sistema más ágil y coordinado.

De tal manera, el mandato que les asigna la propia Constitución Nacional (17) a las autoridades, a fin de salvaguardar las condiciones objetivas de un saludable funcionamiento de los mercados, es más fácil de concretarse mediante la aplicación certera y previsible de la ley. Para llevar esto a cabo es imperioso que los organismos jurisdiccionales tengan la solvencia técnica para una correcta aplicación de la legislación de competencia, obteniendo así un servicio de justicia de calidad.

(16) Informe de Red Europea de Formación Judicial, "Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los arts. 101, 102 y 107 del TFUE por los jueces nacionales", REFJ1224, junio de 2012.

(17) No está de más recordar que el art. 42 de la CN establece que las autoridades proveerán a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Además, exhorta a la legislación para que establezca procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

(14) Informe OCDE, "La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general. Balance de experiencias internacionales", 2016.

(15) Su particularidad radica en que el *amicus curiae* carece de legitimación para ser parte o tercero, y aunque su rol es muy parecido al de un perito propuesto por el juez, la diferencia principal es que el *amicus curiae* emite una interpretación del derecho además de un análisis de los hechos mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

Por lo tanto, el nuevo tribunal especializado va a favorecer que la uniformidad de los precedentes, cuestión que en esta actividad cobra una importancia inusitada para otras disciplinas del derecho. Al respecto, se ha sostenido que el tratamiento mediante el estudio de los antecedentes se asemeja a una estructura geológica de capas sobre las que se instalan nuevas capas de sedimentos: la interpretación es habitualmente la de precedentes anteriores que han establecido fallos sobre los que se basan las decisiones futuras(18). Así, pues, los precedentes también pueden ser utilizados como fuente suplementaria simplemente como demostración o prueba de otros métodos de interpretación.

Por su lado, la experiencia internacional demuestra que los tribunales de este tipo son capaces de poseer un amplio conocimiento sobre cuestiones sustantivas de la legislación de competencia, así como habilidades y experiencia en las materias de competencia y economía(19).

VI. Inconvenientes que se pueden presentar

El riesgo que puede plantear el sistema judicial analizado es que la concentración en un solo órgano puede provocar un imperio excepcional a este tribunal en esta materia. Sin embargo, las garantías de los justiciables frente a un posible uso arbitrario de tal poder quedarían resguardadas al poder recurrir a la Corte Suprema de Justicia mediante recurso extraordinario.

Otra cuestión de alarma sería el caso que el tribunal judicial realice un control liviano ante impugnaciones de evaluaciones económicas complejas por la autoridad de aplicación en el marco del control de concentraciones. En estos casos, es frecuente que los tribunales se limiten

(18) También se da el paralelismo con “una novela por entregas”: “Un grupo de novelistas escribe una novela por entregas; cada novelista interpreta los capítulos anteriores para poder escribir uno nuevo, que luego agrega total para enviarlo el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para redactar la novela de la mejor manera posible”. DWORKIN, Ronald, *The chain novel analogy*, Harvard University Press, 1986, p. 331 citado por SOLA, Juan V., *Análisis económico del derecho público*, La Ley, Parte Segunda, p. 326.

(19) Informe OCDE, ob. cit.

verificar si se han cumplido el procedimiento pertinente, si los hechos se han indicado con precisión o si ha habido algún error manifiesto de evaluación. A fin de no caer en posibles incongruencias, se espera que exista la posibilidad que crear un ámbito de intenso debate en la revisión judicial y que no se vea limitado de ningún modo por el estudio realizado en sede administrativa.

Similar punto ocurre para el caso de las posibles sanciones que tenga la sala especializada que considerar por recurso directo. Aportaría una saludable práctica que no se limitara a una revisión formal de las multas impuestas en lugar de ofrecer el ámbito para que se desarrolle un amplio debate, no solo con la consideración de un control de la legalidad y la proporcionalidad, sino que dirija un control completo de los hechos y su prueba que sirvieron como base para la respectiva sanción(20).

No se soslaya que ha habido ciertas críticas a la creación de la sala especializada desde el punto de vista cuantitativo, en tanto la cantidad de expedientes promovidos no la justificaba. Al respecto, resulta indudable que nuestro país no ha alcanzado un volumen importante de causas. Sin embargo, es de esperar que con el tiempo, y mediante un profundo trabajo de abogacía de la competencia por la autoridad, la cultura antitrust finalmente se desarrolle y varios casos sean llevados a los estrados.

Además, no cabe olvidar que la sala creada tiene jurisdicción especializada en Defensa de la Competencia mas no se dispone que sea excluyente; con lo cual, atendiendo el estado sobrecargado en que se encuentra el fuero en lo Civil y Comercial Federal, sería viable que actuase como una cuarta sala concediéndole otro tipo de asuntos para alivianar la carga de los otros tres tribunales colegas.

Por lo tanto, la nueva sala tendría competencia en Defensa de la Competencia según lo dispuesto en LDC pero mediante acuerdo de la Cámara podrían determinar otras competencias

(20) BARAN, Mariusz - DONIEC, Adam, “EU Courts’ Jurisdiction over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law”, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, University of Warsaw, vol. 2010, p. 3.

del fuero dado que el cuerpo legal no establece que sea excluyente, debiendo además indicar el modo en que se realizarán las compensaciones en la asignación de causas.

VII. A modo de conclusión

La nueva normativa significará una evolución en la política de la Defensa de la Competencia en nuestro país si logra plasmar los objetivos de impulsar la productividad y el crecimiento económico. Para dar cumplimiento a ello, entre otras cuestiones, se va a requerir de una institución judicial seria y capaz que pueda efectuar un control de legalidad y razonabilidad de todos los asuntos que sean de su conocimiento.

Su existencia se encuentra justificada en la necesidad de contar con un tribunal especializado que esté familiarizado con los conocimientos jurídicos y económicos de esta disciplina.

Entre los beneficios que se pueden apuntar se encuentra la reducción los plazos de revi-

sión judicial y con ellos los costos de transacción. La expectativa también que trae la especialidad es que pueda formular decisiones de calidad uniformes que generen certidumbre y previsibilidad en los mercados. Esto así con la esperanza que produzca un clima de confianza que aliente a las empresas a invertir, innovar, competir y a ofrecer más opciones a los consumidores de productos y servicios con mejores precios y calidad. A la vez, genere la confianza que eventualmente se dispondrá de una fuerza judicial capacitada para disuadir las prácticas ilícitas o anticompetitivas.

Como último concepto cabe destacar que con la creación de este órgano jurisdiccional especializado, el Poder Judicial se convierte en un actor gravitante en la implementación de la política competencia económica puesto que sus decisiones marcarán en buena medida los precedentes a futuro en esta materia.

Sin embargo, si el resultado es el esperado, el tiempo lo dirá. El árbol se mide por sus frutos.

Del diseño institucional del sistema de defensa de la libre competencia en Argentina y de la relevancia en el mismo de la Sala Especializada en Defensa de la competencia

NICOLÁS LEWIN MUÑOZ (*)

I. Introducción

En el mes de mayo de 2018, entró en vigencia la ley 27.442 de la República Argentina que fijó el texto de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”). Este nuevo cuerpo legal actualizó el sistema de defensa de la libre competencia en Argentina, introduciendo una serie de reformas, particularmente en materia institucional, diseñando un nuevo sistema para la agencia de competencia y la revisión judicial de sus actuaciones.

Al efecto, la LDC creó la Autoridad Nacional de la Competencia, que corresponde a un organismo descentralizado y autárquico que se mantiene en el ámbito de la función ejecutiva del Estado y que se encuentra compuesto por dos Secretarías, una a cargo del control de operaciones de concentración y la otra a cargo de conductas, y un Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya composición es mixta entre abogados y economistas.

En el plano de la función judicial propiamente tal, y en particular, del control de las decisiones adoptadas por la Autoridad Nacional

de la Competencia, la LDC creó una Sala Especializada en esta materia, que funcionará al interior de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal (“Sala Especializada” o la “Sala”). La Sala, deberá conocer los recursos de apelación respecto a decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia o la revisión judicial de las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a la LDC. Por su parte, la composición está dada por un presidente, dos vocales y una Secretaría, siendo por tanto un ente colegiado, letrado y especializado en materia de competencia.

En esta materia, el legislador optó por generar esta instancia de control judicial sobre las actuaciones de la Autoridad Nacional de la Competencia en aquellos asuntos en los cuales se encuentra involucrado el interés público, por cuanto deja fuera de la competencia de la Sala Especializada cualquier materia relacionada con los daños ocasionados por una conducta, los que quedan entregados a la justicia civil, ya sea por la vía de una actuación conocida como *follow-on*, es decir, posterior y basada en un pronunciamiento previo del Tribunal de Defensa de la Competencia, o bien, en una actuación denominada *stand alone*, que consiste en aquellas acciones basadas puramente en la legislación civil, sin pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Lo anterior, no resulta del todo inocuo, ya que puede dar

(*) Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma en Libre Competencia y Regulación por la misma casa de estudios. LLM en Global Competition por la Universidad de Loyola Chicago. Miembro del Advisory Board del Institute of Consumer Antitrust Studies de la Universidad de Loyola Chicago. Socio del Estudio Lewin Abogados (Santiago, Chile).

ciertas luces de los beneficios de optar por una sala especializada para conocer de las apelaciones en materias de competencia, que podrían también resultar atingentes al tema de daños, pero que al parecer, no fueron consideradas en el diseño institucional. Es así como recientemente, en la reforma realizada a la legislación de libre competencia en Chile en el año 2016, la competencia para el conocimiento de las acciones de daños derivadas de conductas sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue removida del ámbito civil y conferida al mismo tribunal especializado, basado en criterios de conocimientos específicos o particulares.

En el presente artículo, intentaremos analizar desde el punto de vista del diseño institucional, los objetivos perseguidos con la creación de la Sala Especializada, así como los beneficios y detractores de contar con una entidad similar en materia de competencia. Por cierto, nos hemos referido a los cambios orgánicos introducidos por la LDC, pero vale la pena mencionar el esfuerzo realizado a nivel de descripción de conductas, control de operaciones de concentración, el aumento de sanciones, la incorporación de una política de clemencia, entre otras materias, en pos de renovar y generar los pilares sobre los cuales se cimentará el futuro de una materia muy relevante para el desarrollo de un país. Los esfuerzos para otorgar la debida independencia a la Autoridad Nacional de la Competencia son notorios en relación con el sistema existente con anterioridad y creemos que la implementación de una revisión judicial especializada contribuye con otorgar un debido correlato al esfuerzo anterior, además de preservar una serie de principios fundamentales, como analizaremos más adelante. En este sentido, no basta con contar con una ley que sea perfecta en su planteamiento sustantivo, ya que si no consideramos el marco orgánico, esa ley será tan perfecta como pueda llegar a ser el funcionamiento o aplicación de la misma (1).

(1) En este sentido, William E. Kovacic y DeCoursey Eversley señalan: "The design of a jurisdiction's administrative infrastructure can have a decisive influence on the type and quality of policy outcomes that a competition system achieves. Both older and newer competition systems have come to realize that a body of competition laws is only as good as the institutions entrusted with

II. Equilibrio entre los factores a considerar en un diseño institucional en materia de libre competencia

Siguiendo el trabajo de Trebilcock y Iacobucci (2), si bien en la mayoría de los casos los criterios normativos para evaluar las instituciones de libre competencia son pacíficos, la interacción entre los distintos factores que se encuentran en juego puede generar ciertos grados de tensión. Al efecto, se mencionan las tensiones generadas entre (i) la independencia de las instituciones y su responsabilidad (3); (ii) la experticia o especialización y la imparcialidad necesaria; (iii) los niveles de transparencia en el actuar y la necesidad de mantener reserva o confidencialidad de ciertas materias; (iv) eficiencia procesal y debido proceso; y (v) predictibilidad o certeza y flexibilidad en el actuar.

Los factores señalados, que interactúan, a su vez entre todos ellos, pueden ser considerados en el diseño institucional, de manera de generar los intercambios correctos para lograr un adecuado funcionamiento e interacción de los diversos órganos presentes en tal diseño. De esta forma, es usual en materia de diseño ins-

their implementation." (...) "The second general theme is that good competition systems engage in unrelenting, deliberate efforts to evaluate and improve their institutional arrangements. No competition system, old or new, can ever presume that it has gotten things exactly and finally right. The real question for a competition system is perhaps not where it begins but how it evolves. Owing to continuing changes in commercial phenomena, political conditions, and the state of knowledge about economics and law, all competition systems are, in a fundamental respect, always in transition. A regular process of reassessment has great potential to identify institutional upgrades that help ensure that a competition system is equal to the challenges it faces". KOVACIC, William E. - EVERSOLEY, DeCoursey, "An Assessment of Institutional Machinery: Methods Used in Competition Agencies and What Worked for Them", disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc368.pdf>.

(2) TREBILCOCK, Michael J. - IACOBUCCI, Edward M., "Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate", *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, Issue 3, 2010.

(3) Los autores mencionados utilizan el término *accountability* cuyo significado en idioma inglés se pierde en cierta medida al ser traducido al español.

titucional, escuchar que no existe un modelo único o que se adapte a todas las situaciones.

La LDC ha optado por generar la Autoridad Nacional de la Competencia, con una separación de funciones internas entre la parte instructiva de investigaciones, como es el caso de las Secretarías y una función adjudicativa, contenida en el Tribunal de Defensa de la Competencia, los que constituyen bajo el marco de la función administrativa una agencia integrada, que investiga y resuelve. La revisión judicial viene de la mano de la Sala Especializada, en primer término, y en caso que se den los presupuestos procesales, una eventual revisión por parte de la Corte Suprema.

Intentando hacer un ejercicio teórico, ya que no vamos a contar con antecedentes que nos permitan medir efectivamente los factores desarrollados anteriormente, intentaremos revisar si los factores señalados se encuentran adecuadamente cubiertos.

En primer lugar, la independencia del poder político o del gobierno de turno ha sido mejorada en relación con el régimen en práctica hasta la entrada en vigencia de LDC por la creación de la Autoridad de Defensa de la Competencia, así como la forma de designación de sus miembros y la composición en interacción de las Secretarías y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Por su parte, la Sala Especializada se encuentra emplazada en la orgánica del poder judicial, función independiente por definición de la autoridad gubernamental de turno.

Por su parte, siendo la Sala la responsable del control judicial, ya sea por vía de apelación o, a través de la revisión de las sanciones administrativas aplicadas en función de la LDC, dicho diseño impone a la agencia de competencia, entendida como la Autoridad Nacional de la Competencia, un grado de responsabilidad por sus actuaciones, ya que de manera contraria, estas no pasarán el control de la Sala (4).

(4) “En este sentido, un órgano jurisdiccional especializado que cumpla correctamente su papel, el cual consiste en vigilar que la actuación de la autoridad se apegue a la normatividad vigente, y revocar sus decisiones cuando se encuentren aspectos defectuosos en estas, puede también tener un efecto en la calidad de las decisiones de las autoridades de competencia. Es

En lo que respecta a la experticia o especialización, debemos destacar que la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia genera un equilibrio, al contar con una composición mixta, para la aplicación del derecho y el análisis económico correspondiente a los casos que requiera analizar. Por su parte, la Sala, al ser especializada, contará, o a lo menos, generará una experiencia importante, que permitirá generar una revisión eficiente y completa cuando deba ejercer su competencia.

Así las cosas, pareciera también, que la existencia de la Sala, redundaría en una mayor imparcialidad al no encontrarse de cierta manera inmiscuida en un nivel tal de apego a aspectos puramente técnicos o económicos, como podría ocurrir con el Tribunal de Defensa de la Competencia, que generara un apego dogmático a ciertas corrientes económicas que pudieran afectar el fondo de una decisión (5). De

decir, el efecto acumulativo del número de hallazgos realizados por el órgano jurisdiccional puede, de hecho, afectar el ejercicio de las funciones de la autoridad y en ese sentido afectar su operación y sus resultados. Por lo tanto, la curva de aprendizaje de la autoridad puede dar lugar a buenas decisiones, basadas en pruebas sólidas y en el estado de derecho, que generalmente tendrán menores probabilidades de ser revocadas por el órgano jurisdiccional especializado”. OCDE, “La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales”, 2016.

(5) En este sentido señala un autor: “In competition law — fact-intensive by nature and characterized by broad and open legal terms meant to enable the courts to translate economic theory into law — the lines between the evaluation of the facts, the interpretation of the law and an assessment whether the facts adduced suffice to substantiate a legal claim can easily blur. The frequently broad legal concepts gain their full meaning in interaction with economic theory and in their case-by-case application to a given set of situation-specific facts. The factual basis for a competition law infringement can thus easily turn into a question of law and be subject to intense judicial review”. SCHWEITZER, Heike, “Judicial Review in EU Competition Law” (14/8/2012), Chapter in Damien Geradin & Ioannis Lianos (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2129147>. Por otra parte, la jueza norteamericana Diane Wood alerta en un discurso: “Related to this observation is the fact that the generalist judge is less likely to become the victim of regulatory capture than her specialized counterpart, despite the best of intentions on the latter’s side. If one never emerges from the

la misma manera, permite la existencia de una agencia que pueda adoptar decisiones basadas en política de la competencia en su sentido más amplio, pero que no podría ir más allá de lo sustantivo de la norma, por cuanto toparía con la revisión judicial. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que un potencial riesgo de la composición de la Sala redundaría en el carácter vitalicio de sus miembros, lo que podría ralentizar ciertas adaptaciones a circunstancias cambiantes, que quizás no se producirían de existir períodos acotados para el ejercicio de sus cargos. Asimismo, se pueden manifestar otros riesgos asociados, como la pérdida de la perspectiva global del derecho.

El diseño propuesto por la LDC, pareciera también permitir un adecuado equilibrio en lo que respecta la confidencialidad y la transparencia necesaria en esta materia. Pareciera que la interacción al interior de la Autoridad Nacional de la Competencia, entre las secretarías y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, permite preservar ciertos requisitos de confidencialidad, lo que sumado a las facultades de revisión completa de Sala debería tender a permitir en el tiempo una transparencia adecuada en el marco de las actuaciones realizadas.

La eficiencia de los procedimientos en materia de libre competencia, es un aspecto muy relevante al diseño institucional, ya que en atención a los asuntos que se tratan, requieren de una pronta solución, ya sea en el análisis de

operaciones de concentración o bien ante la necesidad de dar rápido término a una situación que puede estar acarreado ineficiencias en los mercados producto de alguna conducta de algún agente económico. En este sentido, pareciera, desde el punto de vista teórico, que el contar con una Autoridad Nacional de la Competencia, especializada, con un objeto único y con una composición mixta a nivel del Tribunal, la resolución de los temas debiese ser más eficiente por el conocimiento de los aspectos económicos de fondo. Lo mismo, debería ocurrir con la Sala Especializada, ya que en contraste con un tribunal de competencia común, los miembros de la Sala van a poder identificar de manera más rápida y eficiente los aspectos de los casos que deban conocer que resultan relevantes desde la perspectiva del derecho de la competencia y en los cuales deban centrar su análisis (6). A mayor abundamiento, la complejidad de los casos ha ido en aumento en los últimos años, presentando desafíos relevantes a las jurisdicciones más avanzadas en la materia, por lo que el mayor grado de especialización debiese contribuir ante un escenario más complejo.

Por la otra parte, tenemos los aspectos del debido proceso, los que no son menores. Usualmente, los casos de libre competencia son inten-

world of antitrust, to take one field that I know well, one can lose sight of the broader goals that lie behind this area of law; one can forget the ways in which it relates to other fields of law like business torts, breaches of contract, and consumer protection, and more broadly the way this law fits into the loose 'industrial policy' of the United States. Economic mumbo-jumbo is already prevalent in the field, but lawyers talk of the trade-off between the deadweight loss 'triangle' and the income transfer 'rectangle' at their peril in front of a judge who does not live and breathe the field. Specialists need to emerge from their cocoons from time to time and find out how their smaller world fits in with the larger one. Today, nothing prevents those who would prefer an 'expert' decision maker from choosing the arbitration route. Once the aid of the courts is invoked, however, the broader perspective should legitimately be part of the picture". WOOD, Diane P., "Generalist Judges in a Specialized World", 50 SMU L. Rev. 1755 (1997), <https://scholar.smu.edu/smulr/vol50/iss5/11>.

(6) "With respect to a specialist court for the trial or appeal of antitrust cases, we do think it reasonable to believe that a judge with experience in the subject matter will be quicker to recognize a claim that should be dismissed early on or an argument on appeal that can quickly be put to the sword. An experienced antitrust specialist should be more able than a generalist to do such early triage because the judge's experience with prior cases that should not have gone to trial or should have been summarily affirmed on appeal will inform his or her view of the pleadings and evidentiary proffers in later cases. This point is of some relevance to any particular field of the law, but probably has more heft as applied to antitrust than to most fields because economic evidence is central to the merits of almost all antitrust cases. The ability early on to spot a gap in either a party's economic reasoning or its factual allegations is surely improved by frequent exposure to recurring economic issues". GINSBURG, Douglas H. - WRIGHT, Joshua D., "Antitrust Courts: Specialists Versus Generalists" (3/7/2013), *Fordham International Law Journal*, vol. 36, no. 4, 2013, ps. 788-811; *George Mason Law & Economics Research Paper* nro. 13-42. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2289488>.

sivos en su componente factual, lo que redundaría en la complejidad de aplicar el derecho a los hechos, debiendo ponderar los componentes económicos de fondo. En este sentido, los aspectos del debido proceso se encontrarían presentes en la separación interna al interior de la Autoridad Nacional de la Competencia, entre las labores instructivas de la investigación por las Secretarías y la revisión del Tribunal para efectos de la resolución de los casos y aplicación de sanciones. Lo anterior debiese, conferir y respetar la bilateralidad de la audiencia, la igualdad ante el procedimiento, la posibilidad de rendir pruebas y la revisión de las decisiones, lo que recaerá en la Sala Especializada. La extensión de la revisión judicial realizada por la Sala, dependerá de la intensidad de la misma, la que entendemos se encuentra definida en términos amplios, por lo cual pueden revisarse aspectos sustantivos como de procedimiento, hechos y derecho, y en definitiva, adoptar una decisión jurisdiccional completa, con lo cual los aspectos del debido proceso se encontrarían resguardados. Con todo, sí creemos necesario advertir que los mismos grados de especialización que surgen en el derecho de la competencia, pueden generar, bajo ciertas circunstancias, problemas para el acceso a la justicia en términos genéricos. Particularmente, no obstante es cierto que el acceso estaría dado por la posibilidad de acudir ante la Autoridad Nacional de la Competencia por vía de realizar denuncias o que esta pueda actuar de oficio al existir un interés público asociado, no deja de ser cierto también que el exceso de especialización y la limitación de recursos de las autoridades puede alejar esta área del derecho del ciudadano común (7).

En lo que respecta a la previsibilidad y certeza jurídica, valor fundamental bajo el estado de derecho, la circunstancia de contar con un ente resolutorio como el Tribunal, que debe ac-

(7) El profesor Spencer Waller concluye: "Democracy is fundamentally a set of norms and institutions. Competition fits into the fabric of democracy by promoting a plurality of actors and voices in the market and enforcing rules enacted by democratic institutions in an expert, fair, and nondiscriminatory way". WALLER, Spencer W., "Antitrust and Democracy" (11/12/2017), *Florida State University Law Review*, vol. 45, 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3086260> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086260>.

tuar a través de sentencias debidamente justificadas en cuanto a los hechos y la aplicación del derecho, cuyas actuaciones son posteriormente revisadas por la Sala Especializada, contribuyen a generar esa certeza en un área del derecho que resulta, por su componente económico de fondo, menos previsible. En particular, la Sala en este caso, no solo contribuye a dar certeza en cuanto a la revisión judicial, sino que también debería contribuir en cierta manera a la uniformidad de las sentencias, tanto por estar dedicada a resolver solo casos de libre competencia, como por su composición de tres miembros (8).

Por último, la flexibilidad en el actuar se encontraría otorgada en los niveles de *enforcement* desarrollados por la Autoridad Nacional de la Competencia, particularmente sus Secretarías, dependiendo de las prioridades que se impongan. En este sentido, existe un nivel de discreción para el actuar o no y en qué casos involucrarse ese nivel, el que no debería ser de la esfera de competencia de revisión de la Sala.

III. Conclusiones

El esfuerzo realizado en Argentina para la dictación de la LDC corresponde a un esfuerzo genuino, que cumple no solo con la preocupación del desarrollo de las normas sustantivas, sino que de proveer al sistema de libre competencia de los órganos adecuados para la aplicación de la normativa. Como se ha analizado, desde el punto de vista del diseño institucional, parecerían haberse equilibrado correctamente los factores que subyacen a dicho diseño. Gran parte de ese equilibrio, encuentra su fundamento en la revisión judicial que se encomienda a la Sala Especializada.

(8) "La previsibilidad de las resoluciones judiciales es una función de la uniformidad. La previsibilidad se refiere a la posibilidad de predecir con anticipación cómo será aplicada la ley por el órgano jurisdiccional de una manera *ex post*. La previsibilidad es extremadamente importante desde el punto de vista económico. Garantiza la certidumbre jurídica y permite a los agentes económicos anticipar las posibles consecuencias legales de sus acciones. Lo anterior a su vez es crucial para que de manera *ex ante* se tomen decisiones correctas. La previsibilidad de las resoluciones judiciales se ve influenciada por la uniformidad en la aplicación de la ley (Baum, 2010)". OCDE, "La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales", 2016.

Impugnación judicial de los actos administrativos sobre defensa de la competencia y algunas reflexiones sobre la creación de una sala especializada en la materia

ALFREDO SILVERIO GUSMAN (*)

I. Introducción

Una de las novedades legislativas más importantes que nos deparó el primer semestre de 2018 ha sido la sanción de un nuevo régimen de defensa de la competencia.

Si bien la ley 27.442 ofrece distintas aristas para el análisis del exégeta, voy a centrar mi enfoque en la impugnación judicial de los actos administrativos que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia aplicando la nueva legislación, trazando las diferencias con el esquema anterior.

Suponiendo que, esta vez sí, se logre constituir el Tribunal de Defensa de la Competencia (1), nos encontraremos, en el mejor de los casos, ante un tribunal administrativo y, por ende, no dictará sentencias sino actos administrativos, tal como, en forma expresa, se reco-

(*) Presidente de la Sala II de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. Profesor Universitario de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

(1) La ley 25.156, sancionada a mediados de 1999, estableció por vez primera un Tribunal de Defensa de la Competencia. Luego de 15 años y sin que nunca llegase a integrarse, la ley 26.993 suprimió dicha instancia y aclaró en el art. 21 que todas las disposiciones que en el texto legal mencionen al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, deben entenderse como referidas a la autoridad de aplicación que determine el Poder Ejecutivo. El reciente régimen legal reflota al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero lo inserta en la Autoridad Nacional de la Competencia, que también crea (art. 18).

noce en la propia norma (2). De allí el título de este trabajo.

II. Tutela judicial y defensa de la competencia

Es una regla fundamental del régimen jurídico administrativo que quien sea investido para resolver en forma definitiva los conflictos que se presenten, resulte ajeno a la órbita de poder de quien emitió el acto impugnado. De allí la preferencia de otorgar estas atribuciones a los jueces, que cuentan con las debidas garantías de independencia e imparcialidad indispensables para la función de juzgar (3), especialmente cuando atañe al poder público y al poder económico. Los togados solo deberían subordinarse al ordenamiento normativo y se suponen más alejados de pasiones políticas, visiones coyunturales y contiendas electorales para revalidar mandatos. El propio Kelsen reconocía que los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la cual carecen, casi siempre, las autoridades administrativas (4).

(2) A título de ejemplo, el art. 67 alude al deber del Tribunal de Defensa de la Competencia de elevar el recurso interpuesto, "... acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el *acto administrativo recurrido*" (el destacado me pertenece).

(3) CS, 4/11/2015, "Uriarte c. Consejo de la Magistratura", LL del 4/12/2015, con un comentario objetivo de Andrés Gil Domínguez.

(4) Conf. *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 152.

Un claro ejemplo sobre este dato que brinda la realidad es, justamente, lo sucedido en Latinoamérica en materia de defensa de la competencia, en donde distintos gobiernos han procurado dotar de mayor independencia a sus autoridades administrativas. Empero, con el correr del tiempo estos entes sufrían contratiempos como cambios estructurales, reducción de presupuesto, reformas institucionales, compromisos políticos, etc. (5). Desde otra perspectiva, se reconoce que al ser el poder judicial el más aislado del proceso político —al menos, si se los compara con el resto de los poderes estatales—, los jueces parecen menos vulnerables que los legisladores y los burócratas (en el sentido técnico del término) a la influencia de los grupos de interés del sector privado (6).

Sin perjuicio de hacer votos para que en esta ocasión la intentona de la ley 27.442 arroje resultados diferentes, no por ello debo dejar de recordar que, por imperativo constitucional, los distintos jugadores del mercado —y también usuarios, consumidores, Defensor del Pueblo(7), etc.— deben tener acceso a una revisión judicial de lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así lo exigen los artículos constitucionales 109 —que inhibe al Poder Ejecutivo ejercitar facultades jurisdiccionales—, 116 —que atribuye al conocimiento y decisión del Poder Judicial todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes de la Nación— y, además, en la parte dogmática, el art. 18 —que tutela la defensa en juicio de la persona y de sus derechos—, todos ellos complementados con los compromisos internacionales asumidos por la República que garantizan el llamado derecho a la tutela judicial efectiva,

(5) Ver en ese sentido el completo análisis de PEÑA, Julián, “Los límites que enfrenta la defensa de la competencia en Latinoamérica”, *Revista do IBRAC*, nro. 24, Instituto Brasileiro de Estudos de Competencia, Consumo y Comercio Internacional, ps. 225-226.

(6) Ver, en ese sentido, BUTLER, Henry - DRAHOZAL, Christopher - SHEPHERD, Joanna, “Economic Analysis for Lawyers”, 3ª ed., Carolina Academic Press, 2014, ps. 147-148.

(7) El art. 86 de la ley 27.442 modifica a la ley 24.284 y crea en el seno de la Defensoría del Pueblo de la Nación el cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, al que me referiré al finalizar este aporte doctrinario.

también de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22, que consagran la revisión de lo resuelto en sede administrativa por parte de un tribunal independiente e imparcial (8).

III. Acerca del “recurso de apelación”

Los arts. 66 y 67 contemplan un “recurso de apelación” contra las “resoluciones” dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Algunas normas(9) suelen determinar que, contra ciertos actos administrativos, pueda interponerse un “recurso” judicial, por lo general a resolverse en forma directa ante una Cámara de Apelaciones (10). Tal denominación parece

(8) Entre ellas cabe indicar a los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA de 1948, los arts. 2º, inc. 3º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 8º y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(9) P. ej., el art. 37 del Régimen Jurídico del Automotor (dec.-ley 6582/1958), establece que las decisiones de los encargados de registro y de la autoridad de aplicación, “...podrán ser recurridas ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia territorial en el lugar donde tenga su asiento el Registro Seccional contra cuya decisión se recurre. En la Capital Federal será competente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal...”; el art. 16 de la ley 22.315, establece que las resoluciones de la Inspección General de Justicia “...son apelables...” ante la Cámara Comercial cuando atañen a comerciantes o sociedades mercantiles o bien ante la Cámara Civil cuando se refieran a asociaciones o fundaciones; el art. 2º de la ley 17.417 dispone que las denegatorias del Registro de la Propiedad Inmueble “...serán recurribles...” ante la Cámara Civil; el art. 83 de la Ley de Seguros 20.091, contempla que las resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación “...son recurribles...” ante la Cámara Comercial; el art. 25 del dec.290/2007 indica que las resoluciones de la Unidad de Información Financiera “...podrán recurrirse en forma directa por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”, los arts. 143 y 145 de la Ley de Mercado de Capitales 26.831 establecen un “recurso directo” para la “...revisión de las sanciones que imponga la Comisión Nacional de Valores, incluso de las declaraciones de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos y la suspensión o revocación de inscripciones o autorizaciones...” ante “las Cámaras de Apelaciones Federales con competencia en materia comercial...” etc.

(10) Aunque también los hay que se sustancian ante una primera instancia, como por ejemplo la reciente Ley de Acceso a la Información Pública 27.275 que establece:

acentuar un ámbito de conocimiento más limitado para los jueces. La legislación en análisis, incluso, llega a reglar que la contestación a ese “recurso judicial” se lleve a cabo en la misma sede del Tribunal de Defensa de la Competencia (11), aspecto que valoraré en el punto V de este ensayo.

A mi modo de ver no es adecuado darle el carácter de recurso a estas vías de impugnación de actos administrativos, no siendo admisible asimilarlas a las apelaciones previstas en las normas adjetivas, ya que estas solo funcionan entre los diversos grados que componen las instancias del Poder Judicial (12). En rigor, se trata de acciones judiciales de impugnación de actos administrativos, que deberían resultar de conocimiento pleno para el tribunal habilitado para resolverlos, por ser esta una exigencia propia del estado de derecho. El hecho de que, por lo general, se las asigne a una segunda instancia, debería obedecer al único propósito de procurar imprimir mayor celeridad a la solución de la contienda. Más allá del examen y del debate respecto a si las decisiones del proyectado tribunal administrativo pueden considerarse de carácter jurisdiccional (13), lo indudable es que lo resuelto en su seno debe ser expuesto a una revisión judicial suficiente (14).

“Las decisiones en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante los tribunales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal...”.

(11) El art. 67 de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, prevé que “El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez (10) días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido”.

(12) Ver, al respecto, sala I de la CNFed. Contencioso-administrativo, 14/11/2000, “Edenor”; sala IV, 23/2/2012, “HSBC”; GRAU, Armando, *Habilitación de la instancia contenciosa administrativa*, Platense, La Plata, 1971, ps. 64 y ss.

(13) Por más que a un ente se lo denomine “tribunal”, no por ese rótulo necesariamente su actividad se torna jurisdiccional. Ver al respecto el interesante aporte de COVIELLO, Pedro J. J., “El control de las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores”, publ. en AA.VV., *Cuestiones de Intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, RAP, ps. 678 y 683.

(14) Conf. CS., “Fernández Arias c. Poggio (su sucesión)”, de 1960, publ. en Fallos 247:646; para la materia sancionadora administrativa, “Di Salvo” (Fallos

La mentada impugnación judicial habrá de ser sentenciada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal —a la que me referiré al finalizar este análisis— o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. Sucede que en aquellos asuntos en los que el litigio se genera en un mercado local y sus efectos no trascienden a otras regiones, lo más adecuado es que el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia sea enjuiciado en el foro competente en dicho territorio (15), que se supone más al tanto de sus peculiaridades y a una proximidad más inmediata respecto del foco donde se produce el comportamiento reprobado o la estructura dominante.

IV. Los actos administrativos impugnables

De acuerdo con el art. 66 del nuevo régimen, son impugnables en sede judicial las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenen:

- a) La aplicación de sanciones;
- b) El cese o abstención de una conducta “...conforme al art. 55 de la presente ley”;

c) La oposición o condicionamiento por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto a las operaciones de concentración económica informadas. En el régimen de defensa de la competencia, existen ciertas operaciones de concentración económica que, por el monto de los activos involucrados, deben ser notifi-

311:334). En el primero de esos fallos, el tribunal cimero no se satisfizo con la revisión de lo decidido en el ámbito administrativo que permite el recurso extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48. Requirió que se garantice a las partes la oportunidad de acudir a un órgano judicial por, al menos, una vía ordinaria, procurando la revisión tanto de las cuestiones fácticas como de las jurídicas.

(15) La Corte Suprema sostuvo que para establecer la competencia territorial en este tipo de casos cabe atender al mercado y comunidad presuntamente afectados por los actos involucrados en el conflicto (conf. Fallos 330:1610). Conf. en ese sentido sala III del fuero Civil y Comercial Federal, 5/8/2005, “Cablevisión”; sala II del mismo fuero 23/10/2013 “Asistencias Integrales SA”; GUSMAN, Alfredo S., “Enjuiciamiento de la función administrativa”, LL 2018-A-1155.

cadasy autorizadas en forma previa a su concreción, teniendo en cuenta la posibilidad que puedan llegar a restringir la competencia. Ese control previo por parte de la autoridad estatal tiende a satisfacer la exigencia constitucional del art. 42 en cuanto al aseguramiento de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;

d) La desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación. El supuesto previsto en este inciso, interpretado de consuno con la pauta del art. 13 del régimen legal (16) y con lo mentado en el inciso anterior, podría permitir la impugnación judicial que presenten otros jugadores o interesados que en sede administrativa hayan objetado sin éxito una fusión, adquisición o transferencia en el marco del procedimiento de control previo;

e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al programa de clemencia. Este régimen es otra novedad de la ley 27.442, que seguramente será materia de glosa en otro trabajo de esta publicación. Por cierto, no se advierte la posibilidad de impugnar aquellos actos que si bien admiten al solicitante en dicho programa, no lo hacen en los términos pretendidos por quien delata. La cuestión tiene sus bemoles, sobre todo ante las distintas posibilidades que el sistema de clemencia reconoce en el art. 60. Dicha situación seguramente será objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales;

f) Las resoluciones recaídas respecto a las medidas preventivas de cese o abstención de conductas lesivas a la competencia adoptadas en el marco del art. 44 de la legislación en análisis. Estas son de carácter interino, deben ajustarse a la situación concreta que las motiva

(16) La ley establece que su reglamentación debe prever un procedimiento para que cada acto de concentración económica notificado a la Autoridad Nacional de Competencia tome estado público y cualquier interesado pueda formular las manifestaciones y oposiciones que considere procedentes. De mediar oposiciones, las mismas deberán ser notificadas a las partes intervinientes en la operación en análisis. Sin embargo, la Autoridad Nacional de la Competencia no estará obligada a expedirse sobre tales presentaciones. Esa exclusión no resulta óbice para que las observaciones planteadas por los interesados puedan ser ventiladas en un proceso judicial.

y limitarse a lo estrictamente necesario para atender el objetivo perseguido. Son instrumentos eficaces e imprescindibles en la defensa de la libre competencia y en la persecución de las prácticas en su contra (17).

V. Interposición y trámite posterior

Establece el art. 67 de la ley en exégesis que el “recurso de apelación” deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia dentro de los quince días de notificada la resolución.

La norma también dispone que dicho “Tribunal” deberá elevar el “recurso” con su contestación ante el “juez competente” —en rigor, la mentada Sala Especializada en lo Civil y Comercial Federal o, en su caso, las cámaras federales del interior— en un plazo de diez días de interpuesto, acompañado del expediente administrativo en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido.

La nueva regulación amplía el plazo de interposición de la impugnación, llevándolo de diez a quince días, pero no modifica el proceder delineado por su antecesora (18) relativo a la elevación del recurso al fuero judicial competente junto a la contestación de la representación estatal. La experiencia del régimen legal anterior arroja que el plazo de diez días previsto en el precepto para la elevación del expediente luego de articulado el remedio judicial exigido en la normativa, no se acata. Además se dificulta controlar el cumplimiento del tiempo con que cuenta la representación estatal para contestar demanda. De hecho, el Secretario de Comercio de la Nación es quien concede el “recurso” y, en algunos casos, hasta lo tiene por presentado en tiempo y forma y “tiene presente” la cuestión federal articulada por el impugnante (19). Luego la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia remite las actuaciones al área contenciosa del Ministerio de la Producción, sin indicar un término concreto para la evacua-

(17) Si se desea ampliar, confrontar mi aporte “Medidas preventivas en defensa de la competencia”, LL del 8/5/2014, p. 1; LL 2014-C-720.

(18) Art. 53 de la ley 25.156.

(19) Conf., p. ej., la res. 806/2017 de la Secretaría de Comercio.

ción del traslado. Esa misma área estatal es la que eleva las actuaciones a la Cámara Federal competente junto con el escrito de responde. Al venir ya agregada la contestación de la representación en juicio de la demandada, se vuelve innecesario que se libre oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación en los términos del art. 8º de la ley 25.344 (20), trámite que además continuaría postergando el avance de la causa.

Como ya he insinuado, no me resulta adecuada esa práctica que termina siendo, a raíz del tiempo insumido en sede administrativa, dilatoria de la resolución del proceso. Obsérvese que, con tal rito, se procede como si el Tribunal de Defensa de la Competencia hiciera las veces de una primera instancia judicial que eleva las actuaciones ante su Alzada como consecuencia de un recurso, lo cual, va de suyo, no es así. A mi modo de ver, lo más imparcial y prolijo sería que presentado el “recurso”, las actuaciones deberían elevarse de inmediato a la instancia judicial y, en esa sede, hacer un test de admisibilidad formal de la impugnación y, en su caso, correr traslado al Estado demandado por el término que marca la ley. Lamento que se haya desaprovechado la reforma legislativa para corregir esa deficiencia.

Por último y, por cierto, lo más importante; repárese en que el art. 67 no establece ningún tipo de cortapisas en punto al grado de conocimiento del tribunal judicial que debe sentenciar sobre la validez del acto impugnado. Si bien es cierto que, desde una lectura constitucional y con base en lo que expuse en los acápites II y III, no podría ser de otra manera; no lo es menos que abundan las normas que pretenden cercenar el alcance de la revisión judicial posterior de las decisiones dictadas por las autoridades de aplicación (21). Sobre todo de aquellas que,

(20) Conf. CNFed. Civ. y Com., sala II, 8/3/2018, “Practicaje independiente”.

(21) Por citar solo un ejemplo, respecto a otros actos administrativos que, al igual que en el campo antitrust, requieren *know how* sofisticado y especialidades diversas, ver res. 111/2012 de la Unidad de Información Financiera, cuando admite la impugnación judicial fundada “...en la ilegitimidad de la resolución recurrida...”. De tal modo, excluiría la valoración fáctica y probatoria que haya efectuado la UIF, a más de otros aspectos relativos a la razonabilidad que, al menos desde el texto literal de la norma, no podrían analizarse desde los tribunales.

como las provenientes del Tribunal de Defensa de la Competencia, están imbuidas de un alto contenido técnico y precisan tanto de cuerpos especializados como de *expertise* al momento de su preparación y resolución (22).

VI. Efecto de la concesión del recurso

En la actualidad, por lo general, en nuestra legislación predomina el criterio de que las impugnaciones en contra del acto administrativo (sean en la misma instancia administrativa o judicial), como principio no suspenden la ejecución; tal el postulado que sienta la última parte del art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549. La existencia de una firme tendencia legislativa de otorgar efecto tan solo devolutivo también a los “recursos judiciales directos” que se contemplan contra decisiones administrativas de distinta naturaleza, revela una política tendiente a postergar el control judicial hasta luego de la consumación de la medida y, por ende, cierta deferencia para que sea instrumentada en forma directa por la autoridad administrativa de aplicación. En ese contexto, no le queda otro camino al afectado para neutralizar la situación que bregar por una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto (23), lo cual, por cierto, no resulta sencillo de lograr, salvo en supuestos de comprobarse una fuerte verosimilitud del derecho y gravedad del perjuicio ocasionado que la torne viable.

(22) Para una postura favorable hacia una mayor revisión judicial, ver ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “Control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico”, en AA.VV., *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2005, ps. 157 y 158. El autor, a la sazón, se desempeñó como ministro titular del Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile.

(23) Conf., en esa línea, el art. 42 de la Ley de Entidades Financieras 21.526, que contempla la concesión del recurso de apelación con un efecto meramente devolutivo y, por lo tanto, el Banco Central puede ejecutar la multa pese a la impugnación judicial. Detenerse también en la res. 111/2012 que reglamenta el procedimiento sumarial para la aplicación de sanciones de la Unidad de Información Financiera, cuyo texto original otorgaba efecto suspensivo a la impugnación judicial de las sanciones, alcance que fue prontamente modificado por la res. 185/2013 que le imprimió carácter devolutivo.

El asunto toma otro cariz cuando el efecto devolutivo se predica respecto de la resolución sancionadora. Las normas que atribuyen tal alcance a la impugnación judicial, ciertamente válidas frente a medidas preventivas para evitar la propagación del daño; podrían llegar a impresionar como inapropiadas cuando de sanciones administrativas se trata, sobre todo las de contenido más gravoso. El carácter suspensivo sería lo más adecuado frente a multas pecuniarias que traducen una ostensible significación económica, pues si se admitiera que la Administración desplegara sus poderes naturales respecto de la ejecución del acto podría configurarse una manifiesta lesión patrimonial (24). Además, en los hechos, una vez ejecutada la multa, por más que esta sea luego anulada por el tribunal judicial revisor, se le hará igualmente difícil al sancionado absuelto lograr que se le restituya su situación anterior y se le repare el daño causado. A lo sumo, si debe acudir a un proceso judicial con ese fin, su demanda se encontrará eximida del reclamo administrativo previo (25).

En ese orden de ideas, el Tribunal Supremo del Reino de España por intermedio de su sala 5ª, sostuvo que la imposición del cumplimiento de una sanción, sin aguardar su firmeza, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la Constitución de ese país (26). En cambio, en Argentina, en materia de multas la Corte Suprema ha convalidado el efecto devolutivo asignado a las impugnaciones judiciales contra sanciones impuestas (27). Sin embargo, la jurisprudencia de las instancias anteriores ha admitido excepciones cuando, atendiendo al monto de la multa aplicada, se configuraría una lesión patrimonial que, a la postre, sería difícilmente reversible (28).

(24) CNFed. Contencioso-administrativo, sala IV, 22/11/2011, "Uhalde c. BCRA", JA del 18/7/2012.

(25) Arg. art. 32 inc. a) ley 19.549.

(26) Sentencias del 17 y 21/7/1982. El caso no versaba sobre un tema de defensa de la competencia sino acerca de una sanción de suspensión impuesta a un funcionario público.

(27) Conf. Fallos 311:49; 312:490; 315:1039.

(28) CNFed. Contencioso-administrativo, sala IV, 17/11/2011, "Intermutual SA"; 22/11/2011, "Uhalde"; publ. ambos en JA del 18/7/2011. Los fallos, por mayoría, arriban a esa solución pese a que la normativa aplicable (art. 42 de la ley 21.526) establece que las sanciones son

En materia de defensa de la competencia, el texto original de la ley 25.156 había previsto el efecto suspensivo para la impugnación judicial de las sanciones en el art. 53, aspecto que fue modificado al reformarse esa disposición a través de la ley 26.993. La nueva ley 27.442 establece que las "apelaciones" contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia, que se crea en sede administrativa, se conceden con efecto devolutivo, salvo que se refieran a sanciones (ver arts. 66 inc. a) y 67). La norma añade que, en esos casos, el impugnante debe acompañar un seguro de caución. En cambio, la impugnación de las multas diarias como consecuencia del incumplimiento de las medidas preventivas ordenadas por la autoridad de aplicación con sustento en el art. 44, las que se imponen por no haberse cumplido con la información previa a las concentraciones económicas (art. 9º) o por haber incumplido el compromiso de cese inmediato o gradual de las conductas investigadas en los términos de la posibilidad que brinda el art. 45, se conceden con efecto devolutivo. De todos modos, conforme al art. 67 *in fine*, si el secretario instructor de Conductas Anticompetitivas considera que puede estar en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a la posible insolvencia del sancionado, puede requerir judicialmente su pago en los términos del art. 16 de la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado. Como se advierte, la norma, aunque sea de manera parcial, tiene en cuenta los pruritos que he esbozado respecto a la ejecutoriedad de alguna de las multas aplicadas como sanciones administrativas. Pero cabe advertir que, aun en aquellos casos en donde la impugnación se concede con efecto suspensivo, la implicancia real de esa declaración es ciertamente relativa, dado que constituir el instrumento de garantía exigido en el art. 67 para disipar la ejecución del acto mientras transcurre el juicio suele ser bastante oneroso. E, incluso, de salir victorioso del proceso, lograr el reintegro ulterior de ese gasto le resultará más que difícil.

apelables al solo efecto devolutivo; ver también sala III, "Volcoff", 24/2/2005. En algún caso en materia sancionadora, una sala del fuero contencioso administrativo federal derechamente declaró la inconstitucionalidad del carácter devolutivo de la concesión de la impugnación, por considerarla violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva (sala IV, 13/8/1999, "Prácticos del Río de la Plata c. BCRA").

Con relación a la impugnación contra las medidas preventivas ordenadas, pareciera que no puede cuestionarse el carácter devolutivo impuesto, pues se trata de resoluciones provisorias adoptadas para evitar la propagación del daño. Si la concesión del “recurso” fuera con efecto suspensivo, se desnaturalizaría la medida dictada por la autoridad de aplicación (29), pues el potencial infractor podría continuar llevando a cabo una práctica presuntamente prohibida hasta que se resolviera el expediente y, a la par, el interés público económico y los afectados por tal proceder no podrían conseguir su cesación hasta ese mismo momento (30).

VII. Supresión del *solve et repete*

Es elogiable que la norma en comentario, en su art. 67, haya eliminado como condición de acceso a la revisión judicial de las multas al previo pago de esa carga (31).

A mi modo de ver, más allá del juicio de valor que a cada uno pueda merecer la regla del depósito previo, no se justifica mantenerlo en esta materia pues no podrían invocarse móviles vinculados a recaudación de la renta pública debidamente programada en la ley presupuestaria, por tratarse de ingresos contingentes ocasionados por transgresiones a la normativa aplicable (32). Como lo ha sostenido la propia

Corte Suprema, por ejemplo, en el caso “Balbarrey”, no existe interés económico sustancial del erario público cuando lo que está en juego es la aplicación de una sanción administrativa cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido (33).

Aun antes de la reforma legal, ante un “recurso judicial” interpuesto sin haber sido satisfecha la multa ni tampoco acompañada caución conforme a la anterior Ley de Defensa de la Competencia que requería el pago previo, de todos modos la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dictaminó concederlo atendiendo a la situación que reflejaban los estados contables de la sancionada (34), criterio finalmente adoptado por la autoridad de aplicación (35).

Debe tenerse presente que el hecho de no exigirse el pago previo de la multa no implica que la autoridad administrativa habilitada al efecto quede privada de confeccionar boleta de deuda para perseguir su ejecución judicial. Como ya lo aclaré en otra ocasión (36), no es dable confundir la exigencia del *solve et repete* como condición para impugnar, con la asignación de efectos suspensivos a esa impugnación. En materia del nuevo régimen de defensa de la competencia, ese resultado se obtiene solo en aquellos supuestos en donde el art. 67 reconoce alcance suspensivo a la impugnación judicial.

VIII. Acerca del fuero competente y la creación de un tribunal judicial innecesario

El Capítulo XI del régimen legal en glosa dispone la creación de una Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que será competente para resolver los “recursos de apelación” contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (37). Dicha

(29) Conf. CFed. Resistencia, 28/10/2008, “Asociación Chaqueña de Anestesiología”; en el mismo sentido DE LA RIVA, Ignacio, “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, en *El Derecho Administrativo* 2005-293.

(30) Respecto a la experiencia española ver PÉREZ BUSTAMANTE KOSTER, Jaime, “La revisión judicial de las decisiones administrativas”, en AA.VV. - MARTÍNEZ LAGE SOBREDO, Santiago (dir.), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 161.

(31) En ese sentido, el anterior art. 53 de la ley 25.156 establecía en lo pertinente: “En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de la multa impuesta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente” (sic).

(32) CNFed. Contencioso-administrativo, sala IV, 22/11/2011, “Uhalde c. BCRA”, JA del 18/7/2012.

(33) Fallo del 29/9/2009. Si bien el pronunciamiento se emitió respecto a la inadmisibilidad del recurso ordinario de apelación, su conclusión puede invocarse en forma plena en el tema de la exigencia del pago previo.

(34) Conf. Dictamen 292/2017.

(35) Res. 37/2018 de la Secretaría de Comercio.

(36) Conf. GUSMAN, Alfredo S., “*Solve et repete* y acceso a la justicia”, *Impuestos*, nro. 02, febrero 2016, p. 25.

(37) El art. 70 de la ley 27.442 estatuye que “La Sala Especializada en Defensa de la Competencia actuará: a) Como

sala entenderá en forma exclusiva en las impugnaciones contra las resoluciones cuyo alcance se ciñe a la protección de la competencia en el mercado a nivel nacional o con foco en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cuando lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia tenga proyección en forma exclusiva sobre prácticas anticompetitivas en un mercado local, la competencia judicial incumbe a la Cámara Federal del interior del país que corresponda. El régimen legal anterior, en su art. 53, había atribuido dicha competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo —que nunca llegó a constituirse— o a las Cámaras de Apelaciones competentes (38).

Sorprende la instauración de esta “Sala Especializada”, creación injustificable desde el punto de vista de la cantidad de expedientes que ese tribunal recibirá. Para comprobar ese aserto, basta remitirse al siguiente cuadro con estadísticas de expedientes ingresados (39).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

Recursos directos referidos a los arts. 66 y 67 de la ley 27.442

	2015	2016	2017	2018
Recursos directos CNDC	9	6	10	5

tribunal competente en el recurso de apelación previsto en el art. 66 de la presente ley; b) Como instancia judicial revisora de las sanciones y resoluciones administrativas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el marco de esta ley, y sus respectivas modificatorias, o las que en el futuro las sustituyan” (sic). No se comprende la distinción que formulan ambos incisos, pues los dos parecen aludir al mismo tipo de resoluciones.

(38) Texto anterior del art. 53 de la ley 25.156. La referencia a las “Cámaras de Apelaciones competentes” es de una generalidad tal que revela una grave falla legislativa. De todos modos es de suponer que el legislador quiso aludir a las cámaras federales competentes del interior del país.

(39) Agradezco especialmente a la prosecretaria de la Oficina de Asignación de Causas del fuero civil y comercial federal, Dra. Marisa Pérez Capiello, el envío de la información que comparto.

	2015	2016	2017	2018
Pedidos de inhibitorias / MCA (40) de CNDC	2	1		
Recursos de queja de CNDC		1	7	5
Totales	11	8	17	10

*Fecha de corte 12/7/2018

Los números hablan por sí mismos. Entre “recursos directos”, inhibitorias, medidas cautelares y recursos de queja, durante 2015 tramitaron once causas, en 2016 ocho, en 2017 diecisiete y en el primer semestre de 2018 otras diez. Para mayor elocuencia sobre el yerro de la creación legislativa, debo señalar que esas cifras se refieren a expedientes ingresados y varios de los indicados en el cuadro son causas conexas, con denuncias cruzadas entre competidores —en los que una sentencia única resolverá el caso—, o bien asuntos en los que la Cámara Civil y Comercial Federal se declaró incompetente dado que eran de incumbencia de cámaras federales del interior del país. Por lo tanto, la cantidad de trabajo que genera la defensa de la competencia es más reducida todavía de lo que reflejan las cifras. En épocas en donde tanto se discursa sobre ajuste y restricciones presupuestarias y con severas limitaciones en los recursos asignados al funcionamiento del Poder Judicial, nuestros legisladores han creado y nuestro Poder Ejecutivo ha promulgado una sala que lo más probable es que sea ociosa.

Tampoco da respaldo a la invención de este nuevo tribunal la necesidad de que los conflictos que se susciten sean resueltos por ámbitos especializados, pues ya de por sí todas las salas del fuero federal civil y comercial lo son. Vienen resolviendo las cuestiones de defensa de la competencia desde hace casi veinte años, además de la experiencia que esos magistrados también han adquirido por ser los llamados a fallar en materia de patentes, marcas y derechos de consumidores y usuarios —cuando está en disputa alguna normativa federal—; temáticas

(40) La referencia es a medidas cautelares.

todas ellas, junto a la de la ley en examen, interrelacionadas(41). Se trata entonces de un fuero compenetrado con la decisión de cuestiones de índole económica, pues además de los expedientes de defensa de la competencia que viene sentenciando, entiende en otros ejes relacionados con los mercados y que conviene abordar con un criterio integrador.

Desde lo operativo, cuesta imaginar cómo sería el funcionamiento futuro de esa sala especializada dentro de un fuero que además suma otras muchas competencias. ¿Sus jueces también intervendrían en los plenarios y resolverían los recursos de inaplicabilidad de la ley que versen sobre materias diferentes a la de la legislación antimonopólica? ¿Subrogarían a los restantes magistrados del fuero ante vacancias temporales o definitivas? ¿Participarían en la elección de las autoridades del tribunal y podrían ser ellos mismos electos? ¿El escalafón de su personal sería el mismo que para las restantes salas? En fin, todos interrogantes que deja el singular y heterodoxo esquema engendrado por los legisladores, que evidentemente no están al tanto de las particularidades del litigio en defensa de la competencia.

Bueno hubiese sido que, en lugar de abocarse a una creación tan poco útil, el Congreso, en cambio, tal como desde hace varios años viene reclamando la doctrina(42); hubiera creado una fiscalía especializada en materia de com-

petencia, que funcione en la propia órbita del Ministerio Público Fiscal, para que actúe en los procesos judiciales, con legitimación para interponer la impugnación prevista en los arts. 66 y 67 y para requerir las medidas preventivas indicadas en el art. 44. Sin lugar a dudas, la creación de esta Fiscalía, desde el rol de custodio de la legalidad y del interés público económico; hubiese sido una mejor opción al momento de encarar la problemática del mercado, la defensa de las sanas prácticas mercantiles y los abusos de las posiciones dominantes, que un Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, como crea en el seno de la Defensoría del Pueblo el art. 86 de la ley en análisis.

Por cierto, esta última referencia normativa es el más elocuente síntoma de cuanto le importa al Congreso Nacional la defensa de la competencia y de los consumidores, ya que confía esa tutela a una institución constitucional que, con su desidia, ha desarticulado al mantenerla vacante desde hace nueve años y directamente acéfala desde hace un lustro (43).

(43) Impidiéndole, con ese simple artilugio, ejercer la legitimación procesal colectiva, llamada “anómala”, que le reconoce el art. 43 y cumplir con las altas responsabilidades que le encarga el art. 86, ambas disposiciones de la Constitución Nacional. Sobre ese escándalo institucional, conf. GUSMAN, Alfredo S., “El alcance del control de las Defensorías del Pueblo”, en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Astrea y Ediciones RAP, p. 73 y “Por un Defensor para el Pueblo”, publ. en www.lapoliticaonline.com del 4/6/2015. Al respecto, la Corte Suprema en el caso “CEPIS”, de hace ya dos años (del 18/8/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”, LL del 23/8/2016), exhortó al Congreso de la Nación a poner fin a la situación y cubrir el cargo (si se desea ampliar, me remito a mi comentario “Un oportuno llamado de atención de la Corte Suprema: el Defensor para el Pueblo”, LL del 1/12/2016). Ya en el ámbito de las resoluciones puramente jurisdiccionales, en el fallo “Abarca” (6/9/2016, “Abarca y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería s/amparo ley 16.986”, LL del 9/9/2016), ante un desprecio similar de la Legislatura provincial, la Corte Suprema denegó legitimación procesal al secretario general de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires por no contar ese funcionario con designación idónea para representar a ese ente ante los tribunales.

(41) En punto a la estrecha relación entre la defensa de la competencia y el derecho de los consumidores, ver CIONFRINI, Ernesto, “La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional”, *Doctrina Judicial*, 2000-2-305. Este jurista, tempranamente fallecido, se desempeñó como vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, cargo al que accedió mediante concurso público. En el mismo orden argumental, Graciela Medina ha sostenido que el derecho antitrust, la competencia desleal y la propiedad industrial e intelectual forman parte del derecho de la competencia (conf. “¿Quién es competente para defender la competencia?”, LL 2007-D-1270) y KORS, Jorge, ha titulado uno de sus aportes doctrinarios: “La marca: una herramienta de derecho de la competencia”, en *Derecho de marcas*, colección “Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”, vol. 3, ps. 155 a 176.

(42) Ver GUSMAN, Alfredo S., “Medidas preventivas...”, cit.

Utilización de unidades móviles en la nueva Ley de Defensa de la Competencia

FEDERICO A. VOLUJEWICZ (*)

I. Introducción

Una de las modificaciones más relevantes introducidas por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 es la adopción de una unidad de cuenta para establecer la totalidad de los montos relacionados con su aplicación. Esta unidad de cuenta llamada “unidad móvil” resulta fundamental en tres situaciones.

En primer lugar, el art. 9º de la ley 27.442, utiliza las “unidades móviles” para fijar los umbrales para la notificación de operaciones de concentración económica, estableciendo que los actos de concentración económica definidos en el art. 7º cuya suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen ante la Autoridad Nacional de la Competencia (1).

(*) Director de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina (CNDC). Previo a unirse a la CNDC se desempeñó como Asociado en De Dios & Goyena y como Asesor Legal en Arauco Argentina SA.

(1) Art. 7º.— A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos: a) La fusión entre empresas; b) La transferencia de fondos de comercio; c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre sí misma; d) Cualquier otro acuerdo

Por su parte, el art. 11 al establecer las excepciones al régimen de notificación de concentraciones económicas utiliza la misma unidad de medida al hacer referencia a aquellas operaciones cuyo monto y valor de activos situados en la República Argentina no superen cada uno de ellos la suma de veinte millones de unidades móviles, salvo que en el plazo de doce meses anteriores, se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el equivalente a sesenta millones de unidades móviles en los últimos treinta y seis meses.

Por su parte, el Capítulo V, al tratar el presupuesto de la Autoridad Nacional de la Competencia, crea la obligación de abonar un arancel para la notificación de operaciones de concentración económica que será fijado por el Poder Ejecutivo entre las 5.000 y 20.000 unidades móviles.

A su vez, al establecer las sanciones de las que serán pasibles quienes no cumplan con las disposiciones de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, el legislador recurre nuevamente a las unidades móviles, en particular para el caso de no poder calcularse la multa según los criterios fijados en el art. 55 inc. b) (i) y (ii) (2),

o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa; e) Cualquiera de los actos del inc. c) del presente, que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

(2) El art. 5º inc. b) (i) de la ley 27.442 establece que quienes no cumplan con las disposiciones en la norma

estableciendo que en tal caso la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones de unidades móviles. A su vez, para el caso de incumplimiento al deber de notificar o a la orden o compromiso de cese, se fija una multa de hasta setecientos cincuenta mil unidades móviles diarias.

Finalmente, el art. 85 de la ley 27.442 fija el valor inicial de la unidad móvil en AR\$ 20 y establece que este valor será actualizado anualmente utilizando la variación del índice de precios al consumidor publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o aquel indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro.

Ahora bien, llegado este punto, corresponde analizar la razón por la cual el legislador ha optado por introducir una unidad de cuenta para los montos relacionados con la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, dejando de lado el sistema anterior establecido por la derogada ley 25.156 de 1999, donde directamente se fijaban los montos aplicables en la ley en uno y otro caso.

II. El régimen de la ley 25.156, la notificación de operaciones de concentración económica y el monto de las sanciones en el contexto inflacionario argentino

Al establecer los umbrales para la notificación de operaciones de concentración económica y los montos de las sanciones a aplicar por violación al régimen de defensa de la competencia, la ley 25.156 sancionada en 1999 y derogada por la 27.442 en mayo de 2018, fijaba los montos de los umbrales para la notificación de operaciones de concentración económica en pesos argentinos.

serán pasibles de una multa de 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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenecen los infractores, durante el último ejercicio económico; mientras que el inc. b) (ii) de igual artículo indica que la multa podrá ser de hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.

Así, el umbral que debía superarse para notificar una operación de concentración económica en la Argentina se fijaba en la suma de doscientos millones de pesos, suma que al momento de entrada en vigencia de la ley en el año 1999, equivalía a doscientos millones de dólares americanos. Por su parte, el art. 46 establecía que quienes incumplieran con las disposiciones de ley serían pasibles (entre otras) de una multa de diez mil hasta ciento cincuenta millones de pesos argentinos, estableciéndose ahí mismo los criterios para su graduación.

Históricamente, la Argentina ha sido protagonista de fenómenos inflacionarios. Desde la creación del Banco Central de la República Argentina en 1935, hasta el presente, el país ha atravesado etapas inflacionarias y en menor medida etapas de estabilidad de precios.

Desde 1945 hasta comienzos de los 70, la inflación promedio fue de aproximadamente 25% anual, cifra que se incrementó significativamente después de 1975 después del “Rodrigazo” (3), año en el que la inflación alcanzó el 335% y abrió paso a la “hiperinflación” que alcanzó su pico máximo en 1989 y que fue seguida de la “estabilización” a principios de los 90, etapa que culminó con la deflación que condujo a la crisis de 2001-2002 y continuó con una época de resurgimiento del fenómeno inflacionario que ha ido avanzando hasta la actualidad (4).

Lógicamente, el período inflacionario que atraviesa el país desde poco después de la ley 25.156 ha impactado negativamente en los montos establecidos por dicha ley, montos que al estar fijados en el texto de la ley, reque-

(3) En Argentina se conoce popularmente el “Rodrigazo” como el paquete de medidas de ajuste llevado adelante en junio de 1975 por quien entonces fuera ministro de Economía durante la presidencia de Isabel Perón, Celestino Rodrigo. Las medidas adoptadas comprendían entre otras una devaluación de más de un 150% del peso en relación con el dólar, una suba promedio de un 100% en todos los servicios públicos y transporte, la suba de hasta un 180% de los combustibles y como contraparte, un aumento del 45% en los salarios.

(4) SZYBIZ, Leszek - SZYBIZ, Martín, “Alta Inflación: una cuasi-constante del sistema económico argentino posterior a la segunda guerra mundial”, An. AFA, vol. 28, nro. 1, marzo 2017.

rían de una modificación normativa para su actualización.

Así, mientras en 1999 el umbral que debía superarse para notificar una operación de concentración económica equivalía aproximadamente a doscientos millones de dólares estadounidenses, en 2018, previo a la sanción de la ley 27.442, la cifra establecida en 1999 equivalía aproximadamente a nueve millones, setecientos mil dólares estadounidenses. En cuanto a las multas, mientras en 1999 el tope máximo equivalía a ciento cincuenta millones de dólares, previo a la sanción de la ley 27.442 equivalía aproximadamente a siete millones y medio de dólares estadounidenses (5).

III. Los umbrales para la notificación de operaciones de concentración económica

Todo sistema de control de concentraciones económicas parte de la premisa de que estas operaciones son favorables para el desarrollo de la economía de mercado ya que permiten incrementar la eficiencia de las empresas a través del aprovechamiento de sinergias y ahorros de costos, lo que a su vez, redundando en beneficios para los consumidores cuando dichas eficiencias son trasladadas hacia ellos (6).

No obstante, en ciertas ocasiones, las operaciones de concentración económica pueden afectar la competencia en los mercados. Es por ello que las legislaciones de los países han incorporado a sus leyes de competencia los sistemas de revisión y control de concentraciones los que por un parte buscan evitar daños a la competencia y por la otra asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad económica.

Resulta entonces central definir cuáles son aquellas concentraciones que deben ser analizadas por las autoridades de competencia para evaluar si son susceptibles o no de afectar la competencia en los mercados y cuáles no de-

berán notificarse (7). Para ello, la mayoría de las autoridades de competencia alrededor del mundo recurren a la fijación de umbrales, que de ser superados, disparan la obligación de notificar la operación en cuestión para su análisis.

Existen dos tipos de umbrales utilizados para determinar cuándo una operación está sujeta a control. El primero es el umbral de notificación que habitualmente refiere al volumen de la operación o al volumen de negocios de las empresas involucradas. Este tipo de umbral “económico” o “cuantificable” intenta excluir del régimen de notificación a aquellas transacciones con menos posibilidades de tener impacto en la competencia.

El otro umbral utilizado es la definición de operación de concentración económica, en nuestro marco normativo, establecida en el art. 7º de la ley 27.442, este segundo tipo de umbral busca identificar aquellas operaciones “adecuadas” para ser sometidas a control. La definición de “operación de concentración económica” a efectos de la aplicación del control de concentraciones juega un papel de suma importancia en el buen funcionamiento del sistema ya que busca identificar aquellas operaciones que resulten en una combinación de negocios o activos previamente independientes, que tengan una probabilidad razonable de generar resultados contrarios a los que el régimen de defensa de la competencia pretende salvaguardar (8).

En el presente trabajo nos limitaremos al análisis de la primera categoría o tipo de umbrales, es decir de aquellos que las legislaciones de cada país, es decir, los umbrales cuantificables, que son fijados en algunas jurisdicciones mediante la utilización de unidades de medida y en otras mediante la fijación de montos en una moneda determinada, cuya actualización resulta fundamental para preservar el objetivo

(5) De acuerdo con la información disponible en www.billetesargentinos.com.ar, en el mes de septiembre de 1999, momento en que se promulgó la ley 25.156, la cotización del dólar estadounidense era \$ 0,9990, mientras que en el mes de abril de 2018, era \$20,5305.

(6) COLOMA RÍOS, Fernando, “Fijación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile”, noviembre, 2016.

(7) En la actualidad, de los países con control de concentraciones económicas, solamente Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido mantienen regímenes de notificación voluntaria. Recientemente, en junio de 2017, Chile pasó de tener un sistema de notificación voluntaria a obligatoria.

(8) OECD, “Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control. Background paper by the Secretariat”. Documento de base para la Sesión V en la 123 reunión del Grupo de Trabajo nro. 3, junio, 2016.

perseguido por el control de concentraciones en defensa de la competencia.

La función de los umbrales no es otra que apartar del régimen de notificación de operaciones de concentración económica a aquellas operaciones con pocas posibilidades de generar efectos anticompetitivos en una determinada jurisdicción, evitando costos de transacción innecesarios y la asignación de recursos por parte de las agencias de competencia al análisis de operaciones que no generarán consecuencias relevantes en el funcionamiento de los mercados (9).

Siguiendo esta lógica, entendemos entonces que un régimen de control de concentraciones eficiente, debe establecer umbrales apropiados que limiten el uso de recursos tanto públicos o privados al análisis de aquellas operaciones que puedan generar preocupación desde el punto de vista de la competencia, dejando de lado aquellas que sean poco probables de generar tales consecuencias y fijando parámetros que permitan revisar la menor cantidad de operaciones posibles para que solamente aquellas operaciones que presentan riesgos sean sometidas a control.

Por el contrario, un régimen legal desactualizado que refleje los efectos de la inflación en la economía correría el peligro de desvirtuar el sistema, generando un dispendio innecesario de recursos tanto para la administración como para los administrados.

IV. ¿Cómo fijar los umbrales para la notificación de operaciones de concentración económica? ¿Cuál es el umbral ideal?

Las mejores prácticas internacionales recomiendan utilizar criterios objetivos para establecer los umbrales de concentración económica, de manera de dotar de seguridad jurídica a los agentes económicos al momento de determinar si se encuentran o no obligados

a notificar una operación de concentración económica (10).

Al momento de fijar el monto de los umbrales, el objetivo principal debe ser minimizar el número de operaciones notificables que tengan pocas posibilidades de generar efectos anticompetitivos. Si bien las participaciones de mercado podrían entenderse como parámetros más convenientes que la fijación de umbrales objetivos para determinar si una operación genera problemas de competencia, en la práctica, un sistema basado en participaciones de mercado podría presentar demasiadas dificultades y costos por encima de los potenciales beneficios, comenzando por la falta de certeza a la hora de determinar si una operación debe notificarse para su análisis o no (11).

No obstante, los umbrales más altos redundarían en mayores probabilidades de que operaciones potencialmente anticompetitivas queden fuera del sistema de notificación obligatoria.

Por lo tanto, para fijar el umbral ideal, deben tenerse en cuenta ciertos factores que variarán de jurisdicción en jurisdicción, empezando por la obligatoriedad o no de notificar una operación de concentración económica para su análisis por parte de la autoridad de competencia, los criterios para definir una “operación de concentración económica” y determinar así cuales son aquellas que deberán notificarse, el tamaño de la economía del país y los potenciales daños a la competencia que pudieran generar determinado tipo de actos de concentración económica, entre otros.

Conforme establecen la ICN y la OECD, los umbrales deben tener un nexo local ya que las ventas nacionales resultan en un mejor indicador de los potenciales riesgos de una operación

(10) ICN, “Prácticas recomendadas...”, cit., p. 3.

(11) A su vez, la utilización de participaciones de mercado para definir la obligación de notificar una operación de concentración económica podría imponer demoras significativas y altos costos de transacción sobre todo en tanto las partes se verían obligadas a calcular sus participaciones de mercado más allá de si la operación en la que estén involucradas deba o no ser notificada y en algunos casos sin tener la información o el *expertise* necesaria para definir las.

(9) ICN, “Prácticas recomendadas para procedimientos de notificación económica”. Documento elaborado por el Merger Working Group en el año 2002 y revisado en 2017.

de concentración económica en un país o dicho de otra manera, solo aquellas operaciones que tengan un nexo apropiado con el país en cuestión deben estar sujetas a notificación (12).

El umbral adecuado será aquel que obligue a notificar aquellas operaciones que puedan generar efectos anticompetitivos sin exigir al sector privado la notificación en los casos en que no existan riesgos a la competencia, ni al estado en el análisis de operaciones con poca relevancia.

Ahora bien, ¿qué características deben tener los umbrales para ese determinar un monto que, sobrepasado, generará la obligación de notificar la operación de concentración para su análisis por parte de las autoridades de competencia, sin generar altos costos de transacción?

En primer lugar, cabe destacar que el tamaño de la economía de un país es clave a la hora de fijar el monto de los umbrales. Es que el tamaño de la economía puede afectar la definición de “umbral razonable”, ya que en una economía más pequeña, las empresas tienden a ser más pequeñas que empresas similares en jurisdicciones más grandes, lo que explica que en economías de menor tamaño, los umbrales sean más reducidos.

Por otro lado, en una economía inflacionaria como la Argentina, no caben dudas que una de las cuestiones fundamentales para lograr el objetivo establecido en el párrafo anterior, debe ser la actualización de los montos de los umbrales. Es que si esto no ocurre en forma periódica y automática sin necesidad realizar reformas legislativas, con la necesidad de seguir los pasos que requiere la actuación del poder legislativo, estaríamos haciendo exactamente lo contrario al objetivo que queremos alcanzar.

Así ocurrió en la Argentina durante los últimos 20 años, donde los umbrales para la noti-

ficación de operaciones de concentración fueron fijados en el texto de la ley, en una época de estabilidad monetaria que no se sostuvo en el tiempo, por lo que los propios umbrales fueron “víctimas” de la devaluación de la moneda a lo largo de todos estos años.

Esto hizo que el número de operaciones sometidas a control de la autoridad de competencia Argentina aumentase significativamente durante ese período. Así, durante los últimos tres años y previo a la entrada en vigencia de la ley 27.442, la agencia de competencia argentina recibía un promedio anual de 120 operaciones de concentraciones económicas para análisis, cifra que de haber continuado bajo el régimen de la ley 25.156 mostraba una tendencia creciente. A partir de la aplicación de los nuevos umbrales establecidos por el nuevo marco legal, se estima que en adelante se notificarán aproximadamente entre unas 30 y 40 operaciones al año, esto es equivalente al 30% del promedio de operaciones notificadas durante los últimos tres años (13).

La ICN destaca la necesidad de actualizar los umbrales en forma periódica de manera de lograr una mejora continua de los sistemas de control de concentraciones (14). En tal sentido, destaca que la actualización periódica del monto de los umbrales resulta fundamental en aquellos países donde como consecuencia de la inflación se genera un mayor número de operaciones notificables, disminuyendo los umbrales en términos reales.

Para evitar que esto suceda, suele recurrirse a la utilización de índices de precios o índices de inflación, que permitan realizar ajustes y modificaciones en sus sistemas de control de concentraciones sin la necesidad de realizar reformas legislativas y en forma automática (15).

(13) Fuente, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

(14) ICN, “Prácticas recomendadas...”, cit. Práctica Recomendada XIII.

(15) Otra opción para evitar la pérdida de valor de los umbrales en términos reales podría ser establecer en la normativa la obligación de revisar la normativa en forma periódica, lo que sin dudas genera mayores costos de transacción y mayores obstáculos para el objetivo que se persigue.

(12) ICN, “Prácticas recomendadas...”, cit., Práctica recomendada II. En igual sentido, OECD. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. “Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control” —Background Paper by the Secretariat—, June 2016, ps. 4 y 5. OECD, Competition Committee. Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review, 2013, p. 12.

Por lo tanto, si bien son varios los factores a tener en cuenta al momento de fijar los umbrales económicos para la notificación de operaciones de concentración económica y que en definitiva ayudarán a determinar que tan eficiente resulta un sistema de control, resueltas las dificultades en torno a qué operaciones que deberán notificarse para el análisis por parte de la autoridad de competencia, es fundamental fijar los umbrales económicos teniendo en cuenta los criterios aquí establecidos y contemplando su revisión y actualización en forma periódica.

La nueva ley 27.442 encuentra la solución a este problema a través de la creación de las Unidades Móviles como unidad de medida actualizable para lograr que la Ley de Defensa de la Competencia conserve el objetivo para el que fue creada aun en un contexto económico inflacionario, sin que ello torne su aplicabilidad en un dispendio de recursos tanto para el estado como para los particulares.

V. La falta de actualización de las multas aplicables por violación al régimen de defensa de la competencia

Durante los últimos 20 años en Argentina, la falta de actualización de los montos de las multas por violación al régimen de defensa de la competencia también ha generado efectos negativos.

Tanto en materia de defensa de la competencia como en cualquier otra disciplina o área del derecho, las multas juegan un papel sumamente importante al imponer costos en los individuos o empresas que llevan adelante conductas contrarias al ordenamiento legal.

En la práctica, violar las leyes de competencia podría ser rentable siempre que el autor de la conducta anticompetitiva no sea detectado. La multa en sí juega un importante rol a la hora de generar disuasión al hacer menos atractiva la violación a la norma. Es por ello que como modo de generar disuasión, la multa debe ser lo suficientemente importante para que la sanción por violar la norma sea mayor a la ganancia obtenida en forma ilegal. No obstante, distinto fue el caso de lo ocurrido en Argentina en la historia reciente de la defensa de la competencia.

Así en la historia más reciente del derecho antitrust en Argentina, resultaba probablemente más rentable violar la Ley de Defensa de la Competencia que cumplirla. La ley 25.156 contemplaba la aplicación de una multa de entre diez mil pesos (\$10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), para quienes no cumplieran con las disposiciones allí establecidas.

Ahora bien, como hemos mencionado, la ley 25.156 fue promulgada en septiembre de 1999. En aquel momento, la cotización del dólar estadounidense era AR\$ 0.9990, por lo tanto la multa máxima por cometer las conductas reprimidas por la Ley de Defensa de la Competencia era de aproximadamente 150 millones de dólares estadounidenses.

El avance de la inflación en la economía argentina hizo que durante los últimos 10 años las multas por violar la Ley de Defensa de la Competencia perdieran prácticamente todo su valor, dejando de lado el fin para el cual fueron creadas.

Si tomamos solamente los primeros meses de 2018 hasta la promulgación de la nueva ley 27.442, observamos que el monto máximo de la multa por violación al régimen legal de defensa de la competencia fue en promedio de aproximadamente 7 millones de dólares estadounidenses. Esto, demuestra que el valor de la multa como efecto de la inflación es hoy aproximadamente un 5% del monto máximo que tuvo en cuenta el legislador en el año 1999; dicho de otro modo, la disuasión disminuyó en un 95 por ciento.

Esto provocó que en Argentina durante los últimos años, haya sido mayor el incentivo a violar la Ley de Defensa de la Competencia que a respetarla, ya que los beneficios obtenidos ilícitamente por violar las normas de competencia durante la vigencia de la ley 25.156, seguramente podrían haber sido mucho mayores que el monto máximo de las multas; todo ello además, en un escenario donde las posibilidades de detección parecían ser muy bajas, teniendo en cuenta la escasa cantidad de multas por violación al régimen de defensa de la competencia que se aplicaron durante los últimos 10 años.

Diversos principios teóricos han intentado explicar la metodología para establecer cuál es la sanción óptima, aquella que resulte útil para generar disuasión, compensar los daños o retribuir el beneficio obtenido en forma ilícita.

El primero de estos principios establece que las multas o sanciones son el principal instrumento para lograr la disuasión de comportamientos anticompetitivos. Este principio entiende que el monto de las sanciones a las empresas infractoras parte de la necesaria consideración de cuáles son los objetivos perseguidos y en este sentido existe cierto consenso acerca de la idoneidad de las sanciones para lograr la disuasión de comportamientos anticompetitivos (16).

Otro de los principios referidos explica que la fórmula de la sanción óptima para lograr la disuasión debe modificar los incentivos de los potenciales infractores de modo que no sea más rentable infringir que cumplir. Así, siendo las multas el principal instrumento para lograr disuasión y suponiendo que son estas el único instrumento pecuniario al que se enfrentan los potenciales infractores, estas deben calcularse de modo tal que la sanción haga que los costos de la infracción superen los beneficios esperados. Por lo tanto, el beneficio esperado de la infracción en el momento en que se decide cometerla debe ser menor que la multa esperada en dicho momento, multiplicada por la probabilidad de ser detectado y sancionado (17).

Por su parte, el principio de proporcionalidad de las multas, impone ciertas limitaciones al diseño de una política sancionatoria óptima, donde uno de los papeles más importantes lo juega la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado. De modo que si dicha probabilidad es por ejemplo de un 10%, la multa debería multiplicar por lo menos por 10 el beneficio ilícito esperado de la infracción (18).

Más allá de estos y otros principios utilizados por los académicos, existe cierto consenso en

general entre las agencias de competencia del mundo en relación con este tema en cuanto a que el elemento más importante de una sanción por violación a las normas de competencia es generar disuasión, por un lado para evitar que las empresas cometan nuevamente la misma conducta ilegal en el futuro; y por otro, para disuadir a otros potenciales violadores del régimen legal de defensa de la competencia, por ejemplo de participar de un cártel (19).

Nada de ello ocurrió en la reciente historia argentina de defensa de la competencia. La nueva ley 27.442, ha seguido las mejores prácticas internacionales para lograr el principal objetivo de la disuasión, apartándose de la fijación de un monto máximo que en un contexto inflacionario como el argentino, no tardaría en quedar por fuera de los objetivos establecidos por el legislador sin un mecanismo ágil de actualización.

Y es aquí donde las unidades móviles vuelven a jugar un papel de suma importancia, esta vez, dentro del marco legal asociado a las conductas anticompetitivas. El monto máximo de doscientos millones de unidades móviles ha sido fijado para el caso en que la multa no pueda calcularse según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii) del inc. b), del art. 55 de la ley 27.442. El establecer ese monto en unidades móviles, actualizables automáticamente en forma anual, permite mantener vigente el objetivo básico de la Ley de Defensa de la Competencia, que como se ha dicho, no es otra cosa que generar disuasión.

Haber carecido de un régimen sancionatorio actualizable sin tener en cuenta las cambiantes condiciones de la economía en nuestro país no solo significó que la Ley de Defensa de la Competencia perdiera gran parte (sino toda) su capacidad disuasoria, sino que también ha implicado dejar de lado la obligación por parte del Estado de ejercer la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados establecida en el art. 42 de la CN (20).

(16) PONS, Carlos P., "Proporcionalidad y disuasión en la fijación de las multas por infracciones de competencia. Alternativas tras la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015", p. 7.

(17) PONS, Carlos P., "Proporcionalidad...", cit., p. 8.

(18) PONS, Carlos P., "Proporcionalidad...", cit., p. 9.

(19) INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, "Setting fines for cartels in ICN Jurisdictions", Report to the 16th ICN Annual Conference, Portugal, mayo de 2017, p. 5.

(20) Art. 42.— Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a

VI. Conclusión

La inclusión de unidades móviles en la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina, sin dudas ha sido un enorme avance no solo para superar la situación generada por la falta de actualización de los montos establecidos en la ley 25.156, con las consecuencias que ello

la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

trajo aparejadas, sino que también lo ha sido teniendo en cuenta el futuro del régimen de competencia en argentina.

Un sistema distinto al adoptado por la ley 27.442, hubiera tendido indudablemente a repetir los errores del pasado y hubiera condeñado a nuestro régimen de defensa de la competencia a un eterno fracaso. La utilización de este tipo de herramientas hace pensar que en adelante, el marco legal de defensa de la competencia trabajará en pos de una mejor performance por parte de las autoridades; quienes por un lado, se limitarán a analizar solamente aquellas operaciones relevantes desde el punto de vista de la competencia y por otro lado, podrán aplicar sanciones lo suficientemente importantes como para evitar que quienes las cometieron vuelvan a hacerlo y que quienes pretendan cometerlas comprendan que el beneficio por cumplir la ley será siempre mayor al obtenido a partir del incumplimiento.

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La persecución de cárteles en la República Argentina

GABRIELA ARIEL IRIZAR (*) Y CARLA ANTONELLA BOIDI (**)

Este artículo tiene por objeto analizar la persecución de los cárteles en Argentina desde la

(*) Ingresó en Marval, O'Farrell & Mairal en 1995 y actualmente se desempeña como asociada *senior* en las áreas de Sociedades y Derecho de la Competencia. Se graduó como abogada en la Universidad de Buenos Aires en 1989, habiendo completado un programa de *Program of Instruction for Lawyers* en la Universidad de Harvard en el año 1998. Ha asesorado a empresas en investigaciones ante las autoridades de defensa de la competencia incluyendo a las industrias del cemento, tabaco, gases medicinales, venta minorista, laboratorios, terminales portuarias, petroleras y automotrices. Cuenta con experiencia en el área de litigios habiendo representado a clientes en diversas industrias en demandas colectivas, daños y perjuicios y apelaciones ante los tribunales superiores y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ha escrito varios artículos de su especialidad en publicaciones nacionales e internacionales. Da clases de defensa de la competencia en varias universidades argentinas y extranjeras (Universidad Argentina de la Empresa, Universidad Católica Argentina, Universidad Di Tella, Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas, Universidad Católica del Uruguay, etc.).

(**) Ingresó en Marval, O'Farrell & Mairal en 2016 y actualmente se desempeña en el Departamento de Derecho de la Competencia. Asesora y maneja casos de control de concentraciones económicas para compañías activas en el sector de los agronegocios, cervezas, transporte, IT, petroquímicas y comercio minorista. Antes de ingresar al Estudio, trabajó en el Ministerio de Agroindustria de la Nación (Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, y Secretaría de Coordinación Política). Se graduó como abogada en la Universidad Católica de Salta en 2012 y luego completó una maestría en Estudios Internacionales en la Universidad Torcuato Di Tella, un posgrado en Régimen Jurídico de los Agronegocios en la Universidad Austral y cursó el Programa Avanzado en Defensa de la Competencia en la Universidad Torcuato Di Tella. Ha colaborado en varios artículos en la materia publicados en *The Law Reviews (The Public Competition Enforcement Review)* y en el *Journal of European Competition Law & Practice*.

perspectiva de la defensa de la competencia, considerando lo realizado durante la vigencia de las normativas anteriores y los cambios que trae la nueva ley 27.442.

Es por ello, que analizaremos en el presente artículo la persecución de los cárteles en siete capítulos, a saber:

- I. La persecución de los cárteles en la legislación argentina a lo largo del tiempo.
- II. La persecución de los cárteles en la nueva ley 27.442.
- III. El Permiso del art. 29.
- IV. La persecución de los cárteles en la jurisprudencia de la Comisión.
- V. La prueba utilizada por la Comisión en la persecución de cárteles.
- VI. El intercambio de información como prueba del cartel.

VII. Conclusiones.

I. La persecución de los cárteles en la legislación argentina a lo largo del tiempo

La persecución de cárteles ha sido una preocupación de larga data en la legislación argentina. Así ya en el año 1921, al promulgarse el Cód. Penal, el art. 300 estableció que “Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años: El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por *reunión o coalición entre los principales tenedores* de una mer-

cancia o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado”. La redacción resaltada corresponde justamente a un cártel entre competidores, de acuerdo con el lenguaje de la época.

No pasó mucho tiempo para que se dictara, en Argentina, la primera legislación de defensa de la competencia. Así en el año 1923 se aprobó la ley 11.210, también llamada de “Represión de Monopolios”. Se trata de la primera legislación sobre defensa de la competencia dictada en toda América Latina, ya que la segunda legislación (en México) se aprobó recién en el año 1934. Sin embargo, esta primera ley tuvo varios antecedentes locales desde 1909, en proyectos parlamentarios que no lograron ser sancionados.

Si bien el propósito inicial de la ley 11.210 fue el de combatir los monopolios y crear un instrumento de defensa del consumidor que impidiera la especulación con su incidencia en el alza o baja de los precios, tal intención fue superada por el afán de promulgar un verdadero estatuto para la industria nacional, basado en la necesidad de preservar el principio de la libertad de mercado. El diputado Juan B. Justo, cuya labor en la discusión parlamentaria del proyecto de ley tuvo especial resonancia, precisó su finalidad al afirmar en el debate que “se trataba de ir contra la tentativa de destruir la competencia” (1). En tal sentido, el art. 2º de la ley 11.210 estableció que “son punibles por la ley los actos que dificulten *la libre concurrencia* en la producción y en el comercio interno y en el comercio exterior”.

Sin embargo, en un trabajo sobre recopilación de fallos dictados durante la vigencia de la ley 11.210, se reveló que desde su sanción y hasta su derogación por la ley 12.906 dictada en el año 1946, los tribunales competentes habían considerado únicamente once casos de violación de la ley, de los cuales se pronunció condena solo en dos de ellos, mientras que en los restantes casos se dio término al litigio por sobreseimiento, lo que muestra que los problemas prácticos existentes para poder probar los elementos que integraban la figura penal defi-

nida por la ley, convirtieron el delito de monopolio en una figura muy difícil de demostrar (2).

En el año 1946, se derogó la ley 11.210 y se sancionó en sustitución la ley 12.906, más severa que la anterior. Esta ley 12.906 también tenía por objetivo principal combatir el monopolio, estableciendo en su art. 1º que “El que participare por sí o por interpósita persona en consorcio, coalición, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con el...”. Y, en su art. 2º especificaba en 13 incisos los distintos actos de monopolio o tendientes a él, comprendiendo entre ellos a quienes dificulten la libre competencia, los convenios para la repartición de territorios como mercados exclusivos o, limiten la producción de bienes o servicios, entre otros. La ley 12.906 tampoco tuvo mucha aplicación, puesto que entre 1946 y 1970 la justicia solo intervino en una docena de casos, sobreseyendo en la mayoría de ellos.

Luego de varios intentos fallidos de reforma, en el año 1980 se dictó la ley 22.262 la cual abandonó la persecución del monopolio para concentrarse con mayor ahínco en los cárteles y el abuso de posición dominante.

Así el art. 41 de la ley 22.262 estableció que serían reprimidos —entre otros— ciertos actos o conductas realizados mediante “acciones concertadas” tales como:

- a) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, los precios en un mercado.
- b) Limitar o controlar, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos.
- c) Establecer, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización.
- d) Distribuir o aceptar, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento.

(2) PASSAGNO, Hernán A., *Experiencias de la ley 11.210 sobre represión de la especulación y el monopolio*, Ideas, Buenos Aires, 1944.

(1) Diario de Sesiones, año 1909, t. 1, p. 60.

e) Comunicar a empresas competidoras, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

Resultaba fundamental para la sanción de la mayoría de las conductas, que se tratase de acciones concertadas, entendidas estas como colusión.

En el año 1999 se derogó la ley 22.262 y se aprobó una nueva normativa, la ley 25.156 que produjo un quiebre en la interpretación de la naturaleza jurídica de la legislación de defensa de la competencia en Argentina al despenalizar la materia. Si bien mantuvo la mayoría de las conductas anticompetitivas de la ley 22.262, las consideró prácticas restrictivas de la competencia, sin diferenciar entre conductas unilaterales o colusivas.

Así en su art. 2º, la ley 25.156 incluyó entre las conductas anticompetitivas las siguientes conductas colusivas:

Inc. a) *concertar el precio de venta*, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

Inc. c) *repartir en forma horizontal zonas, mercados*, clientes y fuentes de aprovisionamiento.

Inc. d) *concertar o coordinar posturas en licitaciones* o concursos.

Inc. g) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en *acuerdo con competidores...* de cualquier forma precios y condiciones de compra o venta de bienes, de prestación de servicios o de producción.

La ley 25.156 recibió muchas críticas durante su vigencia, en parte porque nunca se constituyó el Tribunal de Defensa de la Competencia, que debía actuar como autoridad autárquica. Sin embargo, durante su vigencia entre 1999 y 2018, se sancionaron más de 10 casos de cártel (de un total de 20 desde 1980), lo que superó ampliamente el número de casos de las legislaciones anteriores.

Luego de varios años y proyectos de reforma que fueron perdieron estado parlamentario, se

aprobó en abril de 2018, una nueva norma: la ley 27.442 la cual en materia de cárteles, mantiene la despenalización de los mismos y aporta algunas novedades importantes que analizaremos en el próximo capítulo.

II. La persecución de los cárteles en la nueva ley 27.442

La ley 27.442 (la “LDC”) introduce innovaciones importantes en materia de lucha contra las conductas colusorias ya que las considera una de las más nocivas para la libre competencia. En primer lugar, el art. 1º establece que, entre otras conductas, “Están prohibidos los acuerdos entre competidores... de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Se trata de la primera vez que la normativa señala a los acuerdos colusivos como una conducta anticompetitiva diferenciada de los demás actos o conductas anticompetitivos.

Si bien el interés económico general sigue siendo el umbral para cualquier conducta anticompetitiva, el art. 2º identifica cuatro tipos de acuerdos colusivos en los cuales el perjuicio al interés económico general se presume:

Inc. a) concertar el precio de venta o compra de bienes o servicios.

Inc. b) fijar cuotas de producción o comercialización de bienes; y/o restringir los servicios.

Inc. c) repartir o asignar —en forma horizontal— mercados, clientes o fuentes de suministro.

Inc. d) coordinar posturas o su abstención en licitaciones, concursos o subastas.

En estos acuerdos entre dos o más competidores, la presunción es *iuris tantum* (es decir, que admite prueba en contrario), serán nulos de pleno derecho y no producirán efecto jurídico alguno.

Si bien esta clasificación de acuerdos colusivos *per se*, es una novedad para nuestra legislación proveniente de los Estados Unidos (*hard core cartels*), las conductas que se definen ahora como *per se* no son novedosas. En efecto, las cuatro conductas colusivas mencionadas ut supra como *per se* ya existían en la normativa anterior y fueron sancionadas en varios de los

casos más resonantes resueltos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “Comisión”) a lo largo de los años. Ello será desarrollado en detalle en el Capítulo IV más adelante.

El art. 3º siguiente de la ley 27.442, que describe otras prácticas restrictivas de la competencia, también incluye acuerdos entre competidores, pero con el umbral de que deben causar perjuicio al interés económico general para ser sancionables. No se trata de una innovación ya que sigue el criterio de la ley 25.156.

Una diferencia a señalar es que mientras que la enumeración del art. 2º es taxativa, la del art. 3º es meramente ejemplificativa.

III. El permiso del art. 29

La otra novedad de importancia en relación con estos cárteles *per se*, es el “permiso” que establece el art. 29 de la LDC. Se trata de una facultad que la ley otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia (3) para que conceda permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que incluyan conductas de las contempladas en el art. 2º antes mencionado, es decir conductas colusivas *per se*. Dichos permisos deberán ser concedidos mediante una resolución fundada y siempre que —a la sana discreción del Tribunal— no causen perjuicio al interés económico general.

De acuerdo con el Reglamento de la LDC, para poder emitir dicho “permiso”, el Tribunal deberá verificar —respecto de los contratos o acuerdos— el cumplimiento de los requisitos que se detallan en los incs. a) a e) del art. 29 del Reglamento (dec. 480/2018) a saber:

- que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios.

- que fomenten el progreso técnico o económico.
- que generen beneficios concretos para los consumidores.
- que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos mencionados en los puntos anteriores.
- que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión.

Desde nuestra óptica, si bien la introducción del permiso del art. 29 es un avance importante, su implementación puede generar dudas y confusión.

En primer lugar, por cuanto la redacción del art. 29 pareciera contradecir la del art. 2º. En efecto si, según el art. 2º, las conductas colusivas *per se* son prácticas restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, por lo que se las sanciona con la nulidad de pleno derecho; parece contradictorio que en la reglamentación del art. 29, se establezca como requisito para su aprobación “que generen beneficios concretos para los consumidores”.

Entendemos que el art. 29 tendría mayor sentido si se lo aplicase a la revisión de contratos que contengan conductas de las identificadas en el art. 3º de la LDC. Es decir, casos de conductas anticompetitivas que pueden generar perjuicio al interés económico general, pero que no se presumen dañinas. En el caso del art. 3º, sí resultarían aplicables los requisitos que se detallan en los incs. a) a e) del art. 29 del Reglamento, y que describimos precedentemente.

En segundo lugar mientras que el art. 2º al establecer la presunción *iuris tantum*, invierte la carga de la prueba hacia los acusados, el art. 29 del reglamento de la LDC parece trasladar la carga de la prueba a al Tribunal al establecer que deberá verificar el cumplimiento de sus incs. a) a e).

Entendemos que el art. 29 tendría mayor ámbito de aplicación si el Permiso pudiera exten-

(3) La LDC crea una nueva Autoridad de Defensa de la Competencia, autárquica y autónoma, formada por el Tribunal de la Competencia y dos Secretarías: de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y de Concentraciones Económicas. Hasta tanto las nuevas autoridades sean designadas, sus funciones serán ejercidas por las autoridades actualmente vigentes: la Comisión y el Secretario de Comercio.

derse a la revisión de contratos que contengan conductas colusivas de las identificadas en el art. 3º de la LDC. Es decir, casos de conductas anticompetitivas que pueden generar perjuicio al interés económico general, pero que no se presumen dañinas. En el caso de las conductas colusivas del art. 3º, resultarían más fácilmente aplicables los requisitos que se detallan en los incs. a) a e) del art. 29 del Reglamento, y que describimos precedentemente.

Otra posible aplicación del art. 29, a nuestro entender, sería para analizar los acuerdos que una Cámara o Asociación pretenda firmar con sus asociados que contengan cláusulas anticompetitivas (p. ej. de concertación de precios entre sus asociados). La obtención del Permiso podría evitar sanciones como las impuestas en algunos casos de cárteles recientes (4).

Como ya señalamos precedentemente, el modelo del permiso proviene de la legislación de la Unión Europea (la "UE"), en particular de la Regulación nro. 17 del año 1962, que otorgó a la Comisión de la UE la facultad de otorgar permisos particulares a ciertos contratos que resultaban contrarios al art. 101 (1) del TFEU. Este monopolio le permitió a la Comisión Europea desarrollar una política relativa a cierto tipo de contratos en el tiempo.

No obstante, este monopolio poseía varias desventajas: la Comisión Europea nunca tuvo personal suficiente para lidiar con la enorme cantidad de contratos que le fueron notificados para su aprobación lo que generó enormes retrasos en su análisis; se demoraba mucho tiempo en reunir la información requerida; el trámite era costoso por la cantidad de horas profesionales que insumía; y las partes sufrían por largos períodos de falta de certeza en cuanto a la legalidad de los contratos. Además, la Comisión Europea se encontraba superada

(4) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta nro. 1440, expte. nro. S01: 0211182/2012, "Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de Salta, Círculo Médico de Salta y otros s/infracción ley 25.156", 31/7/2017 y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta nro. 1462, expte. nro. S01:0203191/2017, "Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/infracción ley 25.156", 23/1/2018.

por la cantidad de permisos innecesarios que se solicitaban lo que le impedía concentrarse en otros temas tales como las investigaciones sobre cártel y abuso de posición dominante, de mayor envergadura para el interés público.

Finalmente la propia UE abandonó este sistema de permisos particulares mediante la resolución nro. 1/2003 y adoptó un nuevo sistema de "auto evaluación" a través del cual las partes y sus abogados deben evaluar si el contrato o convenio satisface los criterios establecidos en el art. 101(3) (ex art. 81 [3]) del TFEU. Esta "auto evaluación" es idéntica a los requisitos que establecen los incs. a) a e) del art. 29 del Reglamento. Esta notable similitud actúa como otro argumento a favor de la postura de que el art. 29 de la LDC debería aplicarse también a los casos de colusión que prevé el art. 3º de la misma ley y no solo a los casos de colusión *per se*.

El Permiso del art. 29 de la LDC podría aplicarse con más facilidad a contratos en relaciones verticales, p. ej., contratos de distribución exclusiva, que a contratos entre competidores en el mismo eslabón de la cadena de producción.

Así lo entendió también la UE al establecer en las Guías sobre restricciones verticales SEC (2010) Punto 4, párrafos 60-64, y 2.10 párrafos 223-229, que ciertos casos individuales de fijación de precios de reventa (RPM) pueden satisfacer los criterios establecidos en el art. 101(3) del TFEU y ser admisibles si se demuestran eficiencias suficientes.

Si bien la incorporación del Permiso en nuestro ordenamiento nos parece un paso importante, entendemos que su ámbito de aplicación podría ser más amplio e incorporar también las conductas colusivas del art. 3º de la ley 27.442. Sin perjuicio de ello, deberemos esperar a ver los resultados prácticos en la jurisprudencia de la Autoridad de Competencia y de los tribunales de alzada para poder confirmar si nuestras consideraciones resultaron acertadas.

IV. Jurisprudencia en materia de cárteles

Es interesante advertir que 54 de un total de 56 casos de cártel analizados por la Comi-

sión desde 1980 a la fecha⁽⁵⁾ encuadraron en alguna de las conductas prohibidas por el art. 2º de la LDC. Es decir, si bien la incorporación de dichas prácticas como *per se* es reciente, las mismas fueron estudiadas por la Comisión con anterioridad, e incluso identificadas en sus dicámenes como conductas anticompetitivas *per se*⁽⁶⁾.

De manera gráfica, listamos todos los casos de cárteles efectivamente sancionados entre 1980 y 2018 cuyas conductas encuadran en las listadas por el actual art. 2º de la LDC.

CÁRTELES SANCIONADOS	Inc. a)	Inc. b)	Inc. c)	Inc. d)
Sanatorios Bariloche (7)				
Farmacias Tucumán (8)				
Clínicas de Salta (9)				
Gelatinas medicinales (10)				
Transporte terrestre de pasajeros				
Automotores Tierra del Fuego				
Cámara Argentina de Industrias Ópticas (11)				
Shell Gas SA, Totalgaz Argentina SA (12)				
Cemento Portland (13)				

(5) Los casos analizados datan desde el 1/1/1980 hasta el 1/7/2018. Se trata de un total de 56 casos de cárteles. Si bien pueden haber habido casos de cárteles con anterioridad a dicha fecha la selección responde a que no se encuentran casos de años anteriores disponibles en la página web de la Comisión: *comisión.produccion.gob.ar*.

(6) “(...) el reparto concertado de mercados o de clientela y/o la fijación concertada de precios entre competidores, así como también la colusión entre oferentes en licitaciones, conforman un subconjunto de conductas restrictivas de la competencia que tienen como único efecto posible la distorsión de la asignación eficiente de los recursos y el perjuicio del bienestar general, al traducirse en mayores precios y/o restricciones de los volúmenes disponibles de los bienes o servicios en cuestión. *A título ejemplificativo puede mencionarse que en algunas legislaciones esas conductas se encuentran prohibidas per se y constituyen delito, siendo por tanto de naturaleza criminal, como es el caso de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Similarmente, la ley 22.262 de Defensa de la Competencia vigente hasta la sanción de la ley 25.156, si bien no prohibía per se los cárteles, sí los calificaba como delitos. (...) Asimismo, corresponde informar que, recientemente en el marco de discusiones especializadas en la materia, se ha acuñado la expresión ‘cárteles intrínsecamente nocivos’ como traducción al español de la tipificación de hardcore cartels, para enfatizar el daño provocado por los tres tipos de acuerdos entre competidores referidos y distinguirlos de otros tipos de acuerdos por los cuales las empresas instrumentan formas de cooperación que potencialmente pueden mejorar el bienestar social (...)*” (el destacado nos pertenece). Párrs. 183, 184, 185 en la investigación de cártel entre Shell Gas SA y Totalgaz Argentina SA en la provincia de Misiones, Argentina en “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, conducta 665, expte. nro. 064-004881/2001, “Ref. eleva denuncia”, 23/10/2006.

(7) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta nro. 1463, expte. nro. S01:0063196/2013, “Sanatorio San Carlos, Hospital Privado Regional del Sur, Sanatorio del Sol y otros s/infracción ley 25.156”, 13/3/2018.

(8) Ob. cit.

(9) Ob. cit.

(10) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, conducta 1142, expte. nro. S01:0320435/2006, “Oficina Anticorrupción s/solicitud de intervención comisión”, 4/12/2015.

(11) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, C. 986, expte. nro. S01:0181115/2004, “CADIMA s/solicitud de intervención de la CNDC”, 17/3/2008.

(12) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, conducta 665, expte. nro. 064-004881/2001, “Ref. eleva denuncia”, 23/10/2006.

(13) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, conducta nro. 513, expte. nro. 064-012896/1999, “Loma Negra Cía. SA, Cemento San Martin SA, Juan Minetti SA Corcemar SA, Cementos

CÁRTELES SAN- CIONADOS	Inc. a)	Inc. b)	Inc. c)	Inc. d)
Oxígeno Líquido Medicinal (14)				
Vecinos de la Ciudad de San Carlos de Bariloche				
Lacri Sociedad Responsabilidad Limitada				
Vaspía SAIC, Forargen SA				
Círculo Médico de Tandil				
A Gas SA, Lara Gas SA				
Asociación Sode- ra Provincial de Avellaneda				
Areneras Buenos Aires (15)				
Silos Areneros (16)				
Centro de Indus- triales Panaderos				
Colegio de Gra- duados en Cien- cias Económicas				

Resaltamos que no hemos considerado (a los efectos de este análisis) cuáles de estas san-

Avellaneda SA, Cementos El Gigante SA y Petroquímica Comodoro Rivadavia SA”, 25/7/2005.

(14) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, conducta nro. 697, expte. nro. 064-011323/2001, “Oxígeno líquido”, 15/7/2005.

(15) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, conducta 95, expte. nro. 36905, “Jesús Verdun Suc J.J.D. Verdun Zalazas; Areneras de la Cruz y Rozas SA; Arenera del Litoral SRL; Fluviaarena SA, Arenera Puerto Vilella”, 26/8/1988.

(16) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, conducta 87, expte. nro. 70332/84, “Silos Areneros Buenos Aires SAC / Castellani y Noceli SRL y otros”, 27/10/1986.

ciones fueron revocadas por los tribunales de apelación.

IV.1. Conducta del inc. a): Concertación del precio de venta

Se destaca que el 83.92% del total de los casos de cárteles bajo análisis y 19 de los 20 efectivamente sancionados, corresponde a la conducta prevista en el inc. a) del art. 2º de la LDC: “Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado”.

Entre las conductas colusorias, la fijación de precios es reconocida por la jurisprudencia y doctrina internacional(17) como la más nociva y la más típica(18) en materia de cárteles. De acuerdo con las “Directrices para el cálculo de las multas” de la UE si un cártel supone la fijación de precios, la multa se situará generalmente en el más alto nivel de la escala(19). La fijación horizontal de precios produce un incremento de entre el 15% y el 25% en el importe básico de la multa con fines disuasorios(20). Esto es porque la fijación de precios, junto con acuerdos de repartición de mercado y la limitación de producción, “se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia”(21).

La propia Comisión tiene dicho que “los acuerdos de precios son considerados en la legislación nacional e internacional como infracciones graves a la LDC y por ello constituyen una de las prácticas más severamente sancionadas en los países que cuentan con legislación antitrust(22)”.

(17) “The most common cartel that harms competition is the price fixing cartel”, Theory and Practice of International Economic Law, Usman, Adamu Kyuka, Malthouse Press, May 19, 2017-428, p. 322.

(18) LANDE, Robert H., “The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules”, 2000 Wis. L. Rev. 941.

(19) Comisión Europea, “Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apart. 2, letra a), del Reglamento (CE) nro. 1/2003”, Diario Oficial de la Unión Europea, (2006/C 210/02), párr. 23.

(20) Ídem, párr. 25.

(21) Ídem, párr. 23.

(22) Párr. 958 en “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de

Así, el caso del Oxígeno Líquido Medicinal (23), uno de los más relevantes en la jurisprudencia de la Comisión, se trataba de una manipulación de los procesos licitatorios del Oxígeno Líquido Medicinal y de los pedidos de cotización formulados por los establecimientos públicos de la salud, a fin de materializar el reparto de clientes para abastecerlos de manera exclusiva y la fijación de precios. Con base en la información recabada y la documentación secuestrada, la Comisión consideró que Aga SA, Praxair Argentina SA, Indura Argentina SA y Air Liquide Argentina SA celebraron acuerdos de fijación de precios, estableciendo precios mínimos a cobrar por el oxígeno y subas o mantenimientos concertados de precios, “liberándose de esta forma de la competencia del resto de los miembros del acuerdo”.

Incluso, los últimos tres casos de cárteles sancionados por la Comisión, en su conformación actual, (casos de las Clínicas en Salta (24), Colegio de Farmacéuticos de Tucumán (25) y Sanatorios en San Carlos de Bariloche (26)) trataron de acuerdos colusorios sobre fijación de precios.

IV.2. Conducta del inc. c): Reparto de mercado

En cantidad de casos analizados, a la concertación para fijación de precios, le sigue la práctica prescripta en el inc. c) del art. 2º de la LDC: “repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento”. El 14,28% (se trata de 8 casos) de los casos analizados por la Comisión entre 1980 y 2018 fueron sancionados por reparto de mercado, en forma conjunta con otras prácticas colusorias.

En el caso del Cemento Portland (27), en el cual las cinco cementeras más importantes

del país fueron sancionadas por haber participado en una concertación de cuotas y participaciones de mercado a nivel nacional, fijación de condiciones de venta uniformes y acuerdos para ofertar precios exagerados en licitaciones de obras públicas e intercambio de información sensible, las imputadas esgrimieron como defensa que la Comisión no habría demostrado en “ningún momento la afectación del interés económico general que se derivaría de las conductas imputadas” (28). Sin embargo, la Comisión concluyó que no era necesario demostrar el perjuicio al interés económico general, ya que bastaba con haber realizado los siguientes pasos para afirmar que las conductas imputadas fueron idóneas para perjudicar el interés económico general. A saber, haber:

- “definido el mercado relevante como la producción y comercialización de cemento portland a escala nacional,
- constatado que las empresas imputadas representaban el 100% de la producción local de cemento durante todo el período investigado,
- verificado que las importaciones de cemento no han resultado una amenaza competitiva importante para la producción local,
- *acreditado las conductas imputadas,*
- evaluado que las conductas imputadas *no se encuentran justificadas por razones de eficiencia* (29)”.

Tal como dijimos en el Capítulo II, es precisamente la presunción de nulidad de este tipo de conductas, que establece la LDC, la que evitaría estas argumentaciones simplificando el análisis y la carga probatoria por parte de la Comisión.

El caso del Oxígeno Líquido Medicinal también trató de un reparto de clientes combinado con fijación de precios materializados a través de la manipulación de los procesos licitatorios de los pedidos de cotización formulados por establecimientos de la salud (30).

Economía y Finanzas Públicas, conducta 1234, expte. nro. S01: 0000803/2008, “Hugo Altilio Riello Gasperini y José Luis Catalán Magni s/solicitud de intervención ley 25.156 - Comisión”, 4/12/2014.

(23) En “Oxígeno líquido”, cit.

(24) En “Clínicas de Salta”, cit.

(25) En “Farmacias Tucumán”, cit.

(26) En “Sanatorios San Carlos de Bariloche”, cit.

(27) En “Cemento Portland”, cit.

(28) Ídem, párr. 431.

(29) Ídem, párr. 436, el destacado nos pertenece.

(30) Párr. 370 en “Oxígeno líquido”, cit.

El único caso que fue sancionado en forma exclusiva por reparto de mercado fue el caso de “Shell Gas SA, Totalgaz Argentina SA” (31). Las empresas investigadas, Shell Gas SA y Totalgaz Argentina SA, eran dos de las más importantes empresas fraccionadoras distribuidoras de GLP en la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, una ciudad que no se encuentra alcanzada por la extensión de la red de gas natural, por lo que el GLP en garrafas es el insumo energético más relevante. En dicha oportunidad la Comisión precisó que la figura de reparto de mercado “consiste en que dos o más productores alcanzan un acuerdo —cualquiera sea su naturaleza— de respetarse mutuamente sus clientes (...) tiene por objeto limitar la competencia entre firmas participantes de un mismo mercado” (32).

Según se constató de las declaraciones testimoniales e información documental tales como facturas y remitos, dichas empresas fueron sancionadas por un reparto de mercado manifestado a través de la negativa acordada entre ellas para no suministrar al denunciante las cargas de GLP que este solicitara.

IV.3. Conducta del inc. d): Concertación de posturas en licitaciones

Entre las prácticas colusorias más frecuentes sigue la prevista en el inc. d) del art. 2º de la LDC: “establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o

(31) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, conducta 665, expte. nro. 064-004881/2001, “Ref. eleva denuncia”, 23/10/2006. Sin embargo, cabe aclarar que dicha sanción fue revocada totalmente por la Cámara Federal de Posadas entendiendo el material probatorio no habría acreditado la conducta de reparto de mercado. Ver CFed. Posadas, 30/5/2008, “Shell Gas SA, Total Gaz Argentina SA s/ recurso de apelación”, 30/5/2008. Incluso algunos autores señalan que la conducta descrita en dicho caso correspondería a una práctica vertical de exclusividad más que una conducta colusiva de reparto de mercado. Ver COLOMA, Germán, “Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) - TAJAN, Guillermina (dirs.), *Derecho de la competencia y su control judicial*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

(32) Párrs. 116 y 118 en “Shell Gas SA, Totalgaz Argentina SA”, cit.

subastas”. El 12,5% (se trata de 7 casos) del total de casos analizados entre 1980 y 2018 se trató de concertación de posturas en licitaciones. No se registran casos de cárteles sancionados exclusivamente por esta práctica sino en concurrencia con otras tales como fijación de precios.

Se destacan dos casos de concertación en licitaciones públicas, el caso de las Gelatinas Medicinales (33) y el caso del Oxígeno Líquido Medicinal ya mencionado.

En el primero fueron sancionados cuatro laboratorios y tres personas físicas, responsables de tres de los laboratorios (34), por haber realizado prácticas concertadas en las licitaciones convocadas por hospitales públicos en el mercado de gelatinas medicinales desde el año 2005 hasta el año 2007 inclusive, para repartirse clientes y fijar precios con el objeto de restringir la competencia.

En el caso del Oxígeno Líquido Medicinal, en el cual se sancionó a las empresas imputadas por concertar posturas en licitaciones públicas y privadas a través de mecanismos de supresión de la oferta o la presentación de ofertas complementarias, la Comisión aprovechó la oportunidad para aclarar que “aunque la legislación argentina no tipifica prácticas anticompetitivas *per se*, la jurisprudencia que se ha ido desarrollando en una serie de casos concretos (tanto por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como de los tribunales superiores) muestra una tendencia bastante clara a sancionar todas aquellas prácticas horizontales concertadas que han sido suficientemente probadas y representan casos de colusión abierta” (35).

IV.4. Conductas del inc. b): Fijación de cuotas de producción

Se trata de la conducta menos frecuente, solo 3 casos de los analizados por la Comisión en el período entre 1980 y 2018 fueron multados por fijación de cuotas de producción.

(33) En “Gelatinas Medicinales”, cit.

(34) El responsable del cuarto laboratorio no fue sancionado personalmente por haber fallecido durante la investigación.

(35) Párr. 394, en “Oxígeno líquido”, cit.

El caso más relevante es el del Cemento Portland en el cual, como dijimos anteriormente, las conductas sancionadas fueron asignación de cuotas y participaciones en el mercado de cemento portland a nivel nacional e intercambio de información sensible a través de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland. Uno de los aspectos considerados por la Comisión fue la alta capacidad ociosa en la industria durante el período analizado, alcanzando la misma un promedio anual entre los años 1981 y 1999 del 53% de la capacidad instalada (36).

Los otros dos casos datan de 1986(37) y 1988 (38) y se refieren a cárteles en el mercado de la arena en Gran Buenos Aires y alrededores y en la Provincia de Corrientes, respectivamente. En el caso de los “Silos Areneros”, el primero de los mencionados, la Comisión dijo que “el sistema de cupos de producción implementado por las presuntas responsables constituye una acción concertada para limitar o controlar deliberadamente la oferta de arena, acción que se tradujo en un considerable aumento en los precios del producto”.

Concluimos que si bien las conductas *per se* son una novedad introducida por la LDC, las conductas colusivas enumeradas en el art. 2º de la ley ya eran investigadas y sancionadas desde mucho antes.

V. La prueba utilizada por la CNDC para la persecución de los cárteles

En relación con los medios de prueba, la LDC no aporta mayores novedades, salvo en lo que respecta a las conductas colusivas *per se* en las cuales se invierte la carga de la prueba. Es decir que se presume que son anticompetitivas y dañinas para el interés económico general. Y serán las acusadas quienes deberán demostrar lo contrario.

Por lo que, tanto para estas conductas colusivas *per se* como para las demás enumeradas en el art. 3º de la LDC, siguen vigentes los mismos medios de prueba que se utilizaron con la ley derogada, a saber:

- allanamientos;
- prueba documental;
- declaraciones de testigos;
- prueba informativa;
- pericias.

Si bien el allanamiento no es medio de prueba técnicamente hablando, lo asimilamos por cuanto ha resultado fundamental a la hora de perseguir y sancionar cárteles en el pasado. Sobre todo porque no existía la figura de la clemencia, que ahora ha sido receptada por la LDC.

Como veremos ahora con más detalle, cada uno de estos medios de prueba ha sido útil a la hora de demostrar la existencia de cárteles en Argentina.

V.1. Allanamientos

En Argentina para realizar un allanamiento se necesita una orden judicial emitida por juez competente. El art. 30 de la LDC establece que la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (la SICA) es quien está facultada para solicitar al juez la orden de allanamiento, pedido que debe ser resuelto por el tribunal en un día. Para que la Autoridad pueda retirar documentos y objetos del lugar allanado, la orden de allanamiento deberá incluir la facultad de secuestro. Habitualmente el allanamiento se cumple con el auxilio de la fuerza pública (que puede ser la policía o la gendarmería según el caso).

En los antecedentes de la Comisión que hemos podido analizar, hay algunos casos muy conocidos en los cuales el allanamiento resultó fundamental para probar la existencia del cártel. En particular los cárteles: del Oxígeno Líquido Medicinal, de las Gelatinas Medicinales y el del Cemento Portland. En los dos primeros casos, los allanamientos se realizaron simultáneamente en las sedes de las empresas investigadas, mientras que en el caso del Cemento Portland, el allanamiento se realizó en la sede de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (que agrupaba a los miembros del cártel).

(36) Párr. 77, en “Cemento Portland”, cit.

(37) En “Silos Areneros”, cit.

(38) En “Areneras Buenos Aires”, cit.

En todos los casos, la orden de allanamiento vino acompañada por una orden de secuestro que permitió retirar de las oficinas: documentos, agendas personales de los funcionarios de las empresas, teléfonos celulares y sobre todo información de las computadoras (correos electrónicos, memos, etc.). La prueba colectada en los allanamientos ayudó a probar la existencia del cártel en cada uno de los casos mencionados. Así la información de las computadoras permitió encontrar correos electrónicos intercambiados entre las empresas coludidas o internos de las acusadas, que reconocían la existencia del cártel.

A modo de ejemplo podemos transcribir los siguientes correos que fueron utilizados por la Comisión en sus dictámenes:

Cártel del Cemento Portland: Nota enviada por la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland a Juan Minetti SA (empresa participante del cártel):

“Lamentablemente la acumulación de atrasos representa que la *herramienta* que pretendemos enviar a nuestros asociados, aportando diferentes informaciones, sean emitidas a destiempo y pierdan actualidad”.

Cártel del Oxígeno Líquido Medicinal: mail interno de la empresa Praxair SA referido a Air Liquide Argentina SA (ambas empresas participantes del cártel):

“Me acaba de llamar Fioramonti de Air Liquide para *pasarme los precios que cotizarán* el martes por oxígeno gaseoso en el Hospital Gutierrez. \$ 3,50/m3”.

Cártel de las Gelatinas Medicinales: mails de una de las empresas sancionadas a la otra:

“...lamentablemente *no se ha cumplido con los números pactados...* sigo pensando que el diálogo y los acuerdos (si se respetan) son favorables para todos”.

“...ojo con lo que se escribe en los mails, por favor, arbitrará lo medios para que esto no siga ocurriendo... por favor, *eliminará el mail después de leerlo*”.

Pese a los intentos de las empresas acusadas, estos correos no pudieron ser desmentidos ni desvirtuados y fueron utilizados por la Comisión como prueba de la existencia del cártel.

V.2. Prueba documental

En Argentina la prueba documental ha resultado muchas veces fundamental para probar la existencia de cárteles. Dicha prueba documental puede ser obtenida a través de allanamientos o aportada por las propias partes (denunciados o denunciantes) y terceros. En relación con los casos donde se realizaron allanamientos, estos permitieron recolectar prueba documental importante: cartas, papeles manuscritos, memos y hasta agendas personales. Así en el cártel del Oxígeno Líquido Medicinal, la Comisión en su dictamen señaló que “Las numerosas agendas secuestradas dan cuenta de constantes reuniones celebradas entre funcionarios de las distintas empresas” (39).

Independientemente de los allanamientos, en otros casos recientes la prueba documental del cártel fue aportada por las propias partes. Así ocurrió en los casos de las Clínicas de Salta y del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, donde las denunciadas aportaron acuerdos escritos que daban cuenta de la existencia de acuerdos de precios entre ellas.

En el caso del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán (CFT), la prueba documental del cártel fue aportada por las propias denunciadas y resultó determinante para la sanción. La Comisión señaló en el Considerando 300 de su dictamen “Que el CFT, AFARTUC y CIFARSUD pergeñaron el acuerdo anticompetitivo en el seno de sus reuniones de Asamblea y de las reuniones entre sus directivos, quedando plasmado en las Actas de Asamblea y Directorio, en las Actas Acuerdo, en las estipulaciones del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas y en las disposiciones del Código de Ética”.

En el caso de las Clínicas de Salta, la prueba documental aportada tanto por la denunciante como por las acusadas permitió obtener “pruebas directas de la existencia de un acuerdo colusorio consistente en la fijación concertada

(39) Consid. 376 del dictamen de la Comisión, cit.

de los precios de las prestaciones sanatorias” (conf. resolución del secretario de Comercio que impuso la sanción) (40).

V.3. Prueba testimonial

En principio, habiendo analizado varios casos de cártel sancionados por la Comisión, consideramos que la prueba testimonial no ha resultado esencial para la definición de la investigación. A lo sumo, las declaraciones prestadas ante la Autoridad de Competencia por las personas citadas como testigos por ella han servido para confirmar la decisión sancionatoria.

Así en el caso del Oxígeno Líquido Medicinal, declararon los Jefes de Compras de varios hospitales públicos y clínicas privadas que ratificaron la colusión en las licitaciones y concursos entre las empresas sancionadas. Lo mismo ocurrió con los jefes médicos que declararon en el caso de las Gelatinas Medicinales.

Tampoco parecen haber tenido mucho éxito las declaraciones de los testigos ofrecidos por las acusadas en los distintos expedientes de cártel. En todo caso, en ninguno de los casos reseñados, fueron útiles los testigos para desarticular las demás pruebas obtenidas por la Autoridad, especialmente la prueba recolectada mediante los allanamientos.

Incluso, en el caso “Shell Gas SA, Totalgaz Argentina SA” en el cual las declaraciones testimoniales fueron la prueba más relevante utilizada por esa Comisión para sancionar a las infractoras, la Cámara Federal de Posadas revocó totalmente la decisión precisamente por entender que el material probatorio no habría acreditado la conducta de reparto de mercado. Al respecto, dijo que “...observo que en lo sustancial el material sobre el que se fundó el pronunciamiento se encuentra constituido básicamente por declaraciones testimoniales, cuyo examen bajo las proyecciones del principio de unidad probatoria permite apreciar datos imprecisos, hasta en algunos casos contradictorios que estas contienen, y que de cara a otras probanzas incorporadas en autos no poseen la entidad requerida a los efectos de concluir fundadamente en la existencia de una práctica

coordinada entre las empresas sancionadas con el objeto de repartirse clientes... En este aspecto viene al caso señalar las conclusiones de nuestro máximo tribunal respecto de que la arbitrariedad se configura cuando se han ponderado testimonios en forma fragmentaria y aisladamente, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando se ha prescindido de una visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios” (41).

V.4. Prueba informativa

Este medio de prueba, consistente en pedir información tanto a terceros como a las mismas partes de un expediente, es muy utilizado por la Comisión en la etapa del sumario (previo a la acusación). A su vez, es una prueba también utilizada por las acusadas como prueba de descargo.

No existen restricciones expresas en la LDC en relación con la información que se puede solicitar. Y en el caso de la prueba informativa propuesta por las partes acusadas, es la Autoridad de Aplicación la que debe previamente autorizarla.

Finalmente, señalamos que si bien en casi todos los casos analizados se utilizó este medio de prueba, no fue determinante a la hora de definir la sanción.

V.5. Pericias

La prueba pericial ha sido utilizada tanto por la Comisión como por las partes acusadas en varios casos de cártel. La prueba pericial más común es la contable, que se ha utilizado especialmente para demostrar y/o descartar la existencia de un cártel de fijación de precios.

En Argentina las pericias contables son realizadas por los funcionarios de la Comisión siguiendo los puntos de pericia planteados tanto por la Acusación como por las acusadas. Estas pueden, si lo desean, ofrecer peritos de parte

(40) En “Clínicas de Salta”, cit.

(41) CFed. Posadas, 30/5/2008, en autos “Shell Gas SA, Total Gaz Argentina SA s/recurso de apelación”.

quienes, a su vez, pueden presentar informes técnicos de parte.

La importancia de la prueba pericial ha quedado plasmada en diversos dictámenes de la Comisión. Así, en el caso de las Cámaras Ópticas, la Comisión ha señalado que “La evidencia proveniente de las pericias realizadas a las firmas denunciadas fue uno de los principales fundamentos de las imputaciones realizadas. Por lo tanto se sintetizan aquí los resultados que surgen de las mismas referidos principalmente a subas de precios de los cristales de laboratorio minerales” (42).

VI. Intercambio de información sensible

En palabras de la Comisión, el intercambio de información sensible “es central para el sostenimiento de las conductas colusivas, y (...) la misma ha jugado un papel decisivo en prácticamente todos los casos de colusión” (43).

La LDC dispone en el art. 3º que el intercambio de información con el objeto o efecto de fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado constituye una práctica restrictiva de la competencia. No se trata de una novedad ya que la misma conducta ya era sancionada en la anterior ley 25.156 (art. 2º inc. a)). pero al haber quedado incluida dentro del art. 3º en la ley 27.442, no se la considera una conducta colusiva *per se*. En este punto, la legislación argentina se acerca a la legislación norteamericana en donde el intercambio de información sensible es generalmente analizado bajo la regla de la razón.

La Comisión consideró que, en algunos casos, el intercambio de información competitivamente sensible entre competidores puede constituir una acción concertada, “*con entidad propia*, una conducta distorsiva, restrictiva y limitativa de la competencia idónea para perjudicar el interés económico general” (44). En dicho caso, el del Cemento Portland, es interesante la aclaración que realizó la Comisión respecto del alcance del término “información

competitivamente sensible”. Una de las imputadas en su defensa esgrimió que la Comisión nunca había definido qué estaba comprendido bajo esa expresión. A lo que la Comisión respondió “que por información competitivamente sensible se entenderá toda aquella que permita, directa o indirectamente, individualizar sea la producción, importaciones, y/o despachos de cemento de las empresas asociadas con cualquier nivel de apertura, ya sea por planta, destino, envase, medio de transporte o área geográfica” (45).

Más recientemente y con mayor precisión la Comisión definió la información sensible como aquella relativa a “precios, facturación, costos y volúmenes de producción, clientes, gastos de publicidad, etc., en particular cuando esta información es reciente o se refiere a proyecciones a futuro” (46).

Tal como se dijo en el caso del Cemento Portland, la información confidencial puede funcionar tanto como soporte de un acuerdo explícito sobre alguna variable en particular (precios, cantidades, cuotas) y también como mecanismo para hacer posible una coordinación de naturaleza tácita entre las empresas.

En el primero de los supuestos, se destaca el caso de las Cámaras Ópticas, en el cual las empresas imputadas acordaron en la Cámara Argentina de Industrias Ópticas (CADIOA) una lista de precios a seguir por parte de todos los miembros de CADIOA. La Comisión sentó su imputación sobre dicha evidencia; el intercambio de cartas entre las empresas y sus clientes; la coordinación de precios con posterioridad al acuerdo; e incluso el testimonio de los imputados reconociendo el acuerdo (47).

En el segundo de los supuestos, se destacan los casos del Oxígeno Líquido Medicinal y de las

(42) Párr. 199 en “Cámaras Ópticas”, cit.

(43) Párr. 351 en “Cemento Portland”, cit.

(44) Párr. 124 en “Cemento Portland”, cit.

(45) Párr. 749 en “Cemento Portland”, cit.

(46) Anexo III, Lineamientos para las mejores prácticas en defensa de la competencia en la actividad de las Cámaras y Asociaciones Empresarias en Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, conducta 1609, expte. nro. S01:0371425/2016, “Investigación de Mercado sobre las condiciones de competencia en la cadena de valor de la industria lechera”, 24/10/2017.

(47) En “Cámaras Ópticas”, cit.

Gelatinas Medicinales. En el caso del Oxígeno Líquido Medicinal, si bien la Comisión no encontró emails de una empresa a la otra, sí se encontraron emails internos que tenían evidencia del acuerdo y del intercambio de información sensible. A modo de ejemplo se puede citar el siguiente mensaje: “Traté el tema con Sergio Pisa (Gerente de AGA Mar del Plata y ahora también de Litoral) dado que Guillermo Jones está de vacaciones. Se planteó lo siguiente:... Cedemos Sanatorio Guemez (Rosario) 2.900\$/mes” (48).

Mientras que en el caso de las Gelatinas Medicinales, la Comisión califica al intercambio de información sensible como *consciente* para configurar una conducta anticompetitiva. Así, “los emails, la actitud y el lenguaje utilizado por los directivos de los laboratorios, las diversas comunicaciones internas y entre los laboratorios implicados... consisten en el intercambio consciente de información entre quienes debían haber sido competidores reales (...)” (49).

También tiene dicho la Comisión que en ciertas modalidades de compras, tales como las licitaciones, el acceso a la información de competidores favorecen los acuerdos. En el caso del Oxígeno Líquido Medicinal dijo que “Las licitaciones públicas, por ejemplo, revelan información de los competidores ya que al momento de la preadjudicación de la provisión de oxígeno medicinal, las empresas competidoras toman conocimiento de cuál es la empresa ganadora. De esta forma, las empresas rivales pueden enterarse si la ganadora ha violado el

acuerdo ofreciendo menores precios. De hecho, las empresas competidoras pueden presentar impugnaciones a la preadjudicación basadas fundamentalmente en cuestiones técnicas y de calidad del producto” (50).

VII. Conclusiones

Si bien la diferenciación entre cárteles *per se* y otros acuerdos colusorios es una novedad de la LDC, las conductas colusorias ahora diferenciadas en el art. 2º, ya eran investigadas y sancionadas desde mucho antes por la Comisión, e incluso caracterizadas en algunos dictámenes como conductas prohibidas *per se*. La nueva categorización pretende simplificar la persecución de estos cárteles, considerados los más perjudiciales para el interés económico general, trasladando la carga de la prueba a las imputadas.

La jurisprudencia futura de la Comisión y, en especial su confirmación por los tribunales de alzada, servirán para saber si esta categorización ha sido eficiente.

La aparición del Permiso del art. 29 también es una novedad interesante, con la salvedad de que entendemos que debería ampliarse su ámbito de aplicación a las conductas del art. 3º.

Finalmente, los medios de prueba no han sufrido cambios, salvo respecto de las conductas colusivas *per se* en las cuales se invierte la carga de la prueba, quedando a cargo de las acusadas demostrar que la conducta no es anticompetitiva ni perjudica el interés económico general.

(48) Párr. 372, “Oxígeno Líquido Medicinal”, cit.

(49) Párr. 329, “Gelatinas Medicinales”, cit.

(50) Párr. 338, “Oxígeno Líquido Medicinal”, cit.

Nuevas prácticas anticompetitivas legisladas: participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí

DIEGO H. SEREBRINSKY (*)

I. Introducción

Es común en la práctica societaria argentina, que las personas humanas que revisten el cargo de director o socio gerente en una sociedad, lo sean al mismo tiempo en otras. En principio, al derecho de defensa de la competencia le resulta indiferente la composición del directorio de las compañías que actúan en el mercado. No obstante, en caso que las compañías que ostenten los directorios comunes sean competidoras, la competencia puede resultar lesionada, pues esas posiciones podrían permitir la existencia de intercambio de información, comportamiento paralelo, exclusión de rivales, y muchas otras actividades que afectan la libre concurrencia(1). La competencia también puede resultar perjudicada si una misma persona humana ocupa simultáneamente cargos gerenciales ejecutivos relevantes sin llegar a ser director, dado el poder fáctico que dichos cargos suelen otorgar a las personas que lo detentan. Para prevenir —y en su caso sancionar— la existencia de directorios comunes en sociedades

competidoras, o de cargos ejecutivos relevantes comunes, el derecho de defensa de la competencia comparado utiliza desde antiguo (principios del siglo XX) la figura conocida como *interlocking directorates*, denominada generalmente en castellano como “directorios comunes” o “directorios cruzados”, que prohíbe la participación de una misma persona física como director o gerente ejecutivo de dos o más compañías competidoras.

Considerando que la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (que derogó las leyes 22.262 y 25.156) dispuso expresamente la prohibición de directorios y ejecutivos comunes, resulta oportuno y de interés estudiar la mencionada figura. Especialmente, y dado la falta de antecedentes doctrinarios y judiciales en Argentina sobre el tema, reviste trascendencia el análisis del tópico bajo el derecho estadounidense, que es el país en que más se ha desarrollado legislativa, judicial y doctrinariamente el asunto. Además, el estudio del derecho comparado, en general en el derecho de defensa de la competencia(2) y, en particular, en el caso de los

(*) Abogado del Estudio Zang, Bergel & Viñes. Coautor junto con Guillermo Cabanellas de las Cuevas (h) de las obras *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* (3ª ed.) y *Derecho de la competencia desleal* (en esta última también junto a Pablo Palazzi y Andrés Sánchez Herrero).

(1) AREEDA, Phillip E. - HOVENKAMP, Herbert., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2ª ed., Nueva York, 2003, vol. V, p. 321.

(2) En una cita que ya ha devenido clásica en el tema de la relación e importancia del derecho comparado en el derecho de defensa de la competencia, es esclarecedor CABANELLAS, Guillermo, en su *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005, ps. 111 y ss., cuando señala: “La importancia del derecho comparado para el estudio profundizado de los distintos aspectos del ordenamiento jurídico se ve

directorios cruzados, tiene especial interés — como mencionamos anteriormente—, ante la orfandad jurisprudencial y doctrinaria sobre el punto en Argentina, pues se pueden aprovechar las teorizaciones y soluciones alcanzadas por el derecho comparado, cuando los fenómenos económicos de hecho sean similares, y, por supuesto, teniendo la prevención de tomar en cuenta las diferencias de derecho positivo aplicables en cada uno de los sistemas legales considerados.

II. Los directorios comunes en el derecho antitrust estadounidense

II.1. La Sección 8 de la Clayton Act

La Sección 8 de la *Clayton Act*, dictada en 1914 (3), tuvo como finalidad regular los directo-

marcadamente acrecentada en el caso de la legislación que nos ocupa. Varias razones coadyuvantes pueden encontrarse en relación con esta tendencia: a) La escasa aplicación práctica lograda por la ley 12.906 [ley que venía a reemplazar la 22.262, fuente directa a su vez de la ley 25.156 que es la que comenta Cabanellas] ha llevado a que el legislador abandonara en gran medida las tendencias seguidas por esta, inclinándose por los mejores antecedentes obrantes en diversos sistemas legales extranjeros (...); b) Buena parte del articulado de la ley 22.262 tiene su origen, directo o indirecto, en normas vigentes en sistemas jurídicos extranjeros (...); c) Un grupo significativo de términos y conceptos empleados en la LDC carecen de significado preciso fuera del contexto de un sistema general destinado a regular la competencia. Tales términos y conceptos ya han encontrado una aplicación nutrida y altamente elaborada en ordenamientos jurídicos extranjeros (...); d) Muchos de los razonamientos que orientan a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos y en el Mercado Común Europeo en el campo del derecho regulatorio de la competencia encuentran su base en consideraciones de orden económico, que por no fundarse directamente en los elementos jurídicos propios a cada sistema sino en juicios de hecho requeridos por tales sistemas, pueden ser extendidas, con las debidas precauciones, a la aplicación de la LDC (...); e) (...) el régimen de concentraciones establecido por la ley 25.156 se apoya en gran medida en los antecedentes elaborados en el marco de la Unión Europea, y en menor medida en los existentes en los Estados Unidos". El texto citado también se encuentra en la tercera y nueva edición de la obra citada, esta vez, con mi coautoría, consultar, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 3ª ed., Heliasta, 2016, ps. 105 y 106.

(3) En adelante, cuando citemos normas legales y sentencias estadounidenses, utilizaremos el sistema de

rios comunes en las compañías competidoras. En tal sentido, prohibió que una persona sea director de dos compañías competidoras. La Sección 8 fue modificada en ocho ocasiones, y durante su larga historia hasta la actualidad, hubo intentos de derogarla o modificarla sustancialmente. No obstante, actualmente continúa en vigencia, con las modificaciones implementadas en 1990 (4). Los objetivos principales de la reforma a la Sección 8 de 1990 fueron introducir excepciones a la regla general de la prohibición *per se* a los directorios comunes si la superposición competitiva era mínima y el monto a partir del cual era aplicable la ley. La reforma de 1990 tuvo lugar ante las dificultades de aquel momento en conseguir directores calificados (5). Finalmente, la reforma extendió la prohibición también a los gerentes ejecutivos de alto rango (*officers*) (6) aunque no fueran directores.

II.2. Elementos básicos de la Sección 8

La Sección 8 de la *Clayton Act*, conforme al texto reformado en 1990, prohíbe a cualquier persona desempeñarse (7) simultáneamente como director o funcionario (8) de dos compañías (9) comprometidas en el comercio, si las compañías son competidoras a tal grado que la eliminación de la competencia por un acuerdo entre ellas podría constituir una violación de las leyes antimonopólicas (10). La ley solo aplica

citadas norteamericano. Así, la Sección 8 de la *Clayton Act* nombrada en el texto se cita: *Antitrust Act*, 1914, ch. 323, §8, 38 Stat. 730, 732-33 (codificado como modificando al 15 USC § 19).

(4) Conf. AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW, *Interlocking Directorates, Handbook on Section 8 of the Clayton Act*, 2ª ed., 2011, p. 1.

(5) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 2.

(6) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., ps. 1 y 2.

(7) En el texto en inglés se utiliza el término *serving*.

(8) En el texto en inglés se utiliza el término *officer*, que en la práctica legal argentina de los contratos internacionales se suele traducir como "funcionarios", pero cuya más exacto alcance en el ámbito de la Sección 8 sería "gerentes ejecutivos" o "ejecutivos de alto rango".

(9) El texto en inglés utiliza el término *corporations*. En CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - HOAGUE, Eleanor, *Diccionario jurídico inglés español*, Heliasta, 2010, t. 2, en el apart. 2 de la voz *corporation* se la traduce como "sociedad por acciones".

(10) 15 USC § 19(a)(1)(B).

si cada una de las compañías tiene un capital y ganancias de más de USD 10.000.000, ajustado por inflación (11). La ley establece tres excepciones en las que considera que los directorios cruzados tienen un efecto mínimo sobre la competencia: i) las ventas de cualquiera de las dos compañías son menores a USD 1.000.000, ajustado por inflación; ii) las ventas de cualquiera de las dos compañías son menores al 2 por ciento del total de las ventas de cada compañía; o iii) las ventas de cada compañía son menores al 4 por ciento del total de las ventas de la compañía (12). Asimismo, para el caso en que por un cambio en las operaciones en una compañía, o un cambio en su capital, resulte que un director o ejecutivo que ya se desempeñaba en la sociedad encuadre en un *interlocking*, la ley otorga un período de gracia de un año para remediarlo, contado desde la fecha en que se originó el cambio (13).

II.3. Sujetos activos

Surge con claridad del propio texto de la Sección 8 que las personas físicas que sirven como funcionarios o directores de dos o más compañías competidoras son sujetos que pueden ser responsabilizados bajo aquella Sección. En cuanto al alcance del término *officer*, está expresamente establecido por la ley que se tratará de un *officer* “elegido por el Directorio” (14), por lo tanto, bajo el derecho estadounidense, solo pueden ser sujetos de un *interlocking* directores o ejecutivos que fueron elegidos por el directorio.

Por otra parte, como la Sección 8 no se expresa específicamente respecto a si las compañías competidoras en las que se presenta el *interlocking* pueden también ser perseguidas y sancionadas por dicha Sección, en algunos casos esta cuestión se llevó a los tribunales. Las cámaras de apelación generalmente en-

tienden que las compañías en las que se da el *interlocking*, también pueden ser sometidas a juicio antimonopólico en virtud de la Sección 8, además de poder serlo las personas físicas protagonistas del *interlocking* (15). Así se decidió por la Corte Suprema estadounidense en “United States v. W. T. Grant Co.” (16), en donde la Corte sostuvo que las compañías en las que se presenta el *interlocking* fueron correctamente tenidas como demandadas por el gobierno (aunque la Corte indicó “sin embargo esto no debe ser entendido como que hemos decidido que las corporaciones pueden violar la Sección 8 o, por otras razones, ser perseguidas bajo la ley”). En cuanto a cortes de apelaciones, el tema se trató en algunas oportunidades. El Segundo Circuito decidió en “SCM Corp. v. Federal Trade Commission” (17) que las compañías podían ser demandadas bajo la Sección 8, en especial basándose en los antecedentes legislativos de la misma y en la interpretación del término “persona”. El Noveno Circuito sostuvo el mismo decisorio en “TRW, Inc. v. Federal Trade Commission” (18). Estos dos fallos son considerados los *leading case* en el tema (19). En la práctica administrativa, el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission* siempre consideran como sujetos a la Sección 8 a las personas físicas protagonistas del *interlocking* y a las compañías en las que dicho *interlocking* se lleva a cabo (20).

II.4. Acciones privadas de la Sección 8

Como se sabe, sin perjuicio de la aplicación del derecho de defensa de la competencia que hacen las agencias gubernamentales (como, p. ej., el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*) las acciones privadas son un motor fundamental de la aplicación del derecho antitrust en los Estados Unidos (21). Sin embargo, en general, las acciones privadas no son

(11) En 2011 el valor legal actualizado por inflación pasó de USD 10.000.000 a USD 26.867.000, conforme las Revised Jurisdictional Thresholds for Section 8 of the Clayton Act, 76 Fed. Reg. 4349 (25/1/2011), como se cita en ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 2, nota 9.

(12) 15 USC § 19(a)(2), conf. ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 2.

(13) 15 USC § 19(b).

(14) 15 USC § 19(a)(4).

(15) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 15.

(16) 345 US 629 (1953).

(17) 565 F.2d at 807.

(18) 647 F.2d 942, 948-49 (9th Cir. 1981).

(19) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 17.

(20) *Ibidem*, p. 18.

(21) Sobre las acciones privadas en el derecho estadounidense, se puede consultar, por ejemplo, SULLIVAN, Lawrence A. - GRIMES, Warren S. - SAGERS, Christo-

tan usuales respecto a la Sección 8. Las acciones privadas que suelen existir al respecto se dan en alguna de estas tres categorías(22): i) una acción legal de una compañía *target* para evitar una *takeover*(23); ii) una acción legal de una compañía para remover al director o funcionario protagonista de un *interlocking*(24); o iii) una acción legal de un accionista, competidor o cliente de las firmas en las que se da el *interlocking*(25).

II.5. Otras cuestiones relacionadas con la Sección 8

En cuanto a la posibilidad de que el caso deje de estar sujeto a decisión judicial por haber desaparecido el objeto del litigio(26) —lo que en el derecho estadounidense se denomina *mootness* o *moot case*— la Corte Suprema ha establecido desde “United States v. W. T. Grant Co.”(27), que en un caso de la Sección 8 “la cesación voluntaria de la conducta ilegal no torna al caso como de falta de objeto”. Sin embargo también decidió(28) que procede la declaración de *mootness* si “no hay expectativas razonables de que la conducta indebida vuelva a repetirse”, aunque para ello no es suficiente la declaración del demandado de que no volverá

a cometer la conducta en el futuro, sino que deben meritarse otros elementos(29).

Bajo el derecho estadounidense, la Sección 8 puede ser ejecutada por el *Department of Justice*, por la *Federal Trade Commission* o por partes privadas (*private actions*)(30). A estos efectos, la *Federal Trade Commission* tiene el poder de emitir órdenes de cese de las conductas prohibidas (*interlockings*), mientras el *Department of Justice* ejecutará la Sección 8 mediante *injunction relief*(31), y las partes privadas lo harán mediante *injunctive relief* o solicitando daños triplicados(32).

III. Los directorios comunes bajo el derecho europeo de la competencia

Bajo el derecho europeo de la competencia, la existencia de directorios comunes es uno de los elementos que pueden ser utilizados para apreciar las relaciones competitivas entre las partes de cuyos directorios se trata. Así, cuando se aprecian la relevancia y efectos de las participaciones societarias, la existencia de directorios comunes conducirá a que se evalúe la relación societaria entre las partes como particularmente intensa e incompatible con la plena independencia de tales partes. Asimismo, la existencia de directorios comunes es tenida en cuenta con el fin de evaluar fusiones y otros actos de concentración societaria. Así, si una empresa A adquiere una empresa B,

pher L., *The law of Antitrust. An integrated Handbook*, 3ª ed., Minnesota, 2016, ps. 785 a 846.

(22) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit. p. 20.

(23) Por ejemplo, en “Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.”, el Séptimo Circuito rechazó el otorgamiento de una medida cautelar (794 F.2d 250 [7th Cir. 1986]).

(24) En “Protectoseal Co. V. Barancik”, el Séptimo Circuito hizo lugar a la demanda de la actora por la que solicitaba que sea removido un director por estar sirviendo al mismo tiempo como director de una competidora (484 F. 2d 585 [7th Cir. 1973]).

(25) En “Schechtman v. Wolfson” el Segundo Circuito rechazó la demanda de los accionistas de una compañía contra varios directores para que dejen su cargo por servir al mismo tiempo como directores de una competidora, porque entendió que quedó probado que los directores demandados habían renunciado al directorio de la empresa competidora (244 F.2d 537 [2d Cir. 1957]).

(26) Utilizamos la definición nro. 2 de *moot case* que en castellano se da en CABANELLAS, Guillermo - HOAGUE, Eleanor, *Diccionario jurídico inglés español*, cit., t. 2, p. 463.

(27) 345 US 629 (1953).

(28) Ídem nota 25.

(29) ABA, *Interlocking Directorates...*, cit., p. 27.

(30) *Ibidem*, p. 36.

(31) En CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - HOAGUE, Eleanor, *Diccionario jurídico inglés español*, cit., p. 368, se da esta definición en castellano al término *injunction relief*: “protección de un derecho o satisfacción de una pretensión mediante una orden judicial de hacer o de no hacer dirigida a la contraparte”.

(32) Los daños triplicados (*treble damages*) son una institución del derecho estadounidense ampliamente conocida en los ámbitos antitrust. Al respecto, la *Sherman Act* dispone el derecho para aquel que resulte dañado por una conducta violatoria de dicha ley, a reclamar al demandado los daños causados pero triplicados. Al respecto, se puede consultar todas las obras generales de antitrust americanas, pues en todas ellas se trata el tema. Por ejemplo, se puede consultar el estado de la cuestión al día de hoy, en HOVENKAMP, Herbert, “Federal Antitrust Policy”, en *The Law of Competition and its Practice*, 5ª ed., Minnesota, 2016, ps. 869-918.

y existen directorios comunes entre A y otras sociedades C y D, que compiten en el mismo mercado, las autoridades europeas pueden subordinar la aprobación de la concentración a que cese el vínculo, por vía de los directorios, entre A por una parte y C y D por la otra. Los directorios comunes también pueden ser tenidos en consideración para evaluar la formación de empresas conjuntas (*joint ventures*), pues si las firmas que constituyen tal empresa conjunta están vinculadas a otras empresas del mismo sector por vía de directorios comunes, el efecto de la empresa conjunta sobre la competencia será mucho más marcado y negativo: de allí que las autoridades comunitarias puedan exigir la finalización de la relación conformada por directorios comunes, como condición para aprobar la formación de una empresa conjunta (33) (34).

IV. Los directorios comunes bajo el derecho de defensa de la competencia argentino

La figura de directorios comunes se encontraba prevista en el derecho de la competencia argentino, en determinadas condiciones, por el inc. 1) del art. 2º de la ley 12.906, que sancionaba “la intervención de la misma persona, física o ideal, en funciones de dirección, gerencia o administración de diferentes compañías o sociedades, o administración o gerencia de una y dirección de otras, cuando esta vinculación pueda conducir al monopolio, a la restricción o supresión de la competencia o a la eliminación de precios de competencia leal para los consumidores o usuarios” (35).

Si bien en la ley 25.156 no se encontraba una disposición expresa que proscribía los directorios comunes, debido a la generalidad de las disposiciones incluidas en el art. 1º de la misma, dichas conductas también estaban prohibidas por aquella norma, siendo las limitaciones sobre la participación en los organismos de

administración de empresas competidoras de gran amplitud (36).

La nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia argentina (LDC) dispone expresamente la prohibición de directorios comunes o cruzados, disponiendo en el inc. 1) de su art. 3º que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que configuren las hipótesis del art. 1º “[...] la participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”.

Surge del texto legal, que la prohibición se aplica no solo a la participación en directorios, sino también a otros puestos de gerencia o administración que permitan a una persona coordinar las actividades y decisiones de empresas competidoras, eliminando o restringiendo la independencia entre ellas. Asimismo, y a diferencia de la ley estadounidense, la ley argentina no exige que las personas humanas protagonistas del *interlocking* sean elegidas por el Directorio, sino que tengan “cargos ejecutivos relevantes” o de “director”, por lo que bajo el régimen argentino pueden protagonizar un *interlocking* ejecutivos o empleados relevantes no elegidos por el Directorio.

Asimismo, bajo el derecho argentino, los *interlocking* no solo están limitados a presentarse en el tipo societario de sociedad anónima, sino que al no estar circunscripto a los directorios sino también alcanzar a los empleados con cargos ejecutivos relevantes, los *interlocking* pueden presentarse en cualquier tipo societario de la Ley General de Sociedades 19.550. Incluso, puede presentarse en un tipo combinado con otro, por ejemplo, una persona humana que es director en una sociedad anónima y, al mismo tiempo, es un alto ejecutivo relevante en una sociedad de responsabilidad limitada.

El carácter anticompetitivo de este tipo de vinculaciones es particularmente grave, no solo por su relativa frecuencia, sino porque convierten a la libre concurrencia en los mercados afectados en una mera apariencia, en la medida

(33) Conf. Enichem/ICI, en Diario Oficial, 1988, L 50/18.

(34) Conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico...*, cit., t. 2, ps. 172-173.

(35) *Ibíd.*, p. 172.

(36) *Ibíd.*, p. 173.

en que las empresas afectadas controlen una porción significativa de ellos. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la vinculación de directorios, a diferencia de otros actos con efectos estructurales sobre la competencia, no presenta los beneficios que para el interés económico general pueden resultar de la integración entre diferentes empresas. En los casos aquí analizados, las firmas cuya independencia se ve afectada mantienen, por hipótesis, la separación de sus actividades productos, no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de economías de escala o de unificación de actividades de investigación, comercialización u otras cuya duplicación sea innecesaria (37).

Como el propio art. 3º, LDC lo establece, para que pueda ser sancionada una conducta bajo su inc. 3º, deberán presentarse además los presupuestos exigidos por el art. 1º, LDC (38), por lo que, en especial, deberá verificarse la posibilidad de un perjuicio para el interés económico general (39).

Bajo la LDC pueden ser los sujetos activos de la comisión de esta conducta tanto las sociedades en las que se dan los directorios comunes, como las personas humanas protagonistas de ellos, y les serán aplicables a ambos las sanciones establecidas en la LDC para el caso de infracción a la misma en sus arts. 55 y ss.

Por otro lado, las empresas competidoras entre sí pueden serlo tanto a nivel horizontal

(37) Ídem.

(38) Art. 1º.— “Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos”.

(39) Para un desarrollo extenso del concepto del posible perjuicio para el interés económico general bajo el derecho argentino, consultar CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico...*, cit., t. 1, ps. 233-272.

como a nivel vertical, por lo tanto también quedan alcanzados por la prohibición del art. 3º inc. 1) los directorios comunes verificados entre un productor y sus distribuidores (40) en tanto sean competidores.

En caso que una vez iniciada una investigación, las personas que protagonizan el *interlocking* renuncien a sus cargos, si bien la conducta prohibida habrá dejado de existir, eso no significará que la investigación deba ser concluida por falta de objeto, sino que la misma deberá proseguir a los efectos de sancionar el *interlocking* por el tiempo en que este haya existido.

Finalmente, tal como es de práctica en Europa, la existencia de directorios comunes habrá de ser un interesante elemento a ser tenido en cuenta por la autoridad argentina de la competencia para las aprobaciones de operaciones de concentración económica.

(40) En varios casos puede existir competencia en relaciones verticales. Por ejemplo, los grandes *retailers* son considerados modernamente como competidores de los productores. Uno de los problemas que los proveedores deben enfrentar en su relación con los grandes *retailers* es el que Paul Dobson llama situación “de doble agentes” de estos. Dicha situación estaría dada por el desarrollo y comercialización por parte de los *retailers* de los productos denominados de “marca propia” del *retailer* que entran en competencia directa con los del proveedor. El problema radica en que los *retailers* tienen el control efectivo sobre el stock, la distribución y ubicación en góndolas o vidrieras y el precio de venta al público. Justamente, al manejar el *retailer* estas variantes puede hacer competir muy efectivamente los productos de sus marcas propias contra los de sus proveedores, ya sea ubicándolos en mejores posiciones de góndola o vidriera, o utilizando estrategias de precios. Por otro lado, nada puede hacer el proveedor respecto a estas acciones del *retailer*, ya que las mismas son realizadas por este en su propio comercio, donde él tiene todo el control fáctico. La explicación del tema de “doble agentes” de Dobson a la que nos referimos en la presente nota, se encuentra en DOBSON, Paul, “Exploiting Buyer Power: Lessons From the British Grocery Trade”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, issue 2, 2005, p. 536. Para profundizar en el tema del poder de compra de los grandes *retailers* y la defensa de la competencia se puede consultar nuestro trabajo SEREBRINSKY, Diego H., “Poder de compra de los grandes *retailers* y defensa de la competencia”, LL del 5/12/2007, p. 1; LL 2007-F-1373; *Enfoques* 2008-2 (febrero), p. 87.

El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia

GERMÁN COLOMA (*)

Uno de los tipos de conductas que suelen ser objetados como infracciones a las normas de defensa de la competencia en distintos países del mundo es el constituido por los denominados “abusos de posición dominante”. Dentro de dicha categoría, por su parte, resulta posible distinguir entre casos de “abuso explotativo” y casos de “abuso exclusorio”, los cuales son considerados de manera diferente en algunas legislaciones. La diferencia más importante tiene sin duda que ver con la distinción entre un enfoque que considera que ambos tipos de abuso pueden infringir las normas de defensa de la competencia, y otro que considera que solo los abusos exclusorios pueden ser considerados como prácticas anticompetitivas (y que, por lo tanto, no existe tal cosa como un “abuso explotativo de posición dominante”).

La interpretación más frecuente de las normas argentinas de defensa de la competencia ha sido tradicionalmente la que considera que tanto los abusos exclusorios como los explotativos son susceptibles de constituir infracciones, en tanto se cumplan algunos otros requisitos adicionales (p. ej., que se produzca lo que en nuestro país se ha dado en llamar un “per-

juicio al interés económico general”)(1). Sin embargo, el dictado de la reciente ley 27.442 de Defensa de la Competencia (promulgada en el mes de mayo de 2018) resulta una situación propicia para volver a analizar este y otros puntos del sistema argentino de defensa de la competencia, ya que la ley en cuestión presenta algunas diferencias en cuanto a la consideración de las distintas prácticas anticompetitivas posibles, que pueden tener algún impacto sobre los casos de supuestos abusos explotativos de posición dominante.

El presente trabajo se concentrará, pues, en analizar el posible encuadramiento de distintas conductas como abusos explotativos de posición dominante, a la luz de la nueva ley argentina de defensa de la competencia. Para ello, se verá primero el concepto de abuso explotativo y sus características como posible práctica anticompetitiva. A continuación, se planteará el tema de si la ley 27.442 introduce algún cambio significativo en cuanto a la consideración de este tipo de conductas como infracciones al derecho argentino de defensa de la competencia, y luego se analizará la manera en la cual la jurisprudencia local ha tratado históricamente los casos de este tipo. Por último, el trabajo incluirá un resumen de dos casos recientes evaluados por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que implican abusos explotati-

(*) Doctor en Economía por la Universidad de California, Los Ángeles, y Profesor Titular en la Universidad del CEMA. Desde 2016 se desempeña también como Director General de Estudios Económicos y Legales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Es autor de numerosas publicaciones sobre análisis económico del derecho, economía de la organización industrial, y defensa de la competencia.

(1) Véase, p. ej., CABANELLAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, vol. 1, 2005; y COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia*, 2ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009.

vos de posición dominante, y analizará las posibles implicancias de los mismos en la futura jurisprudencia.

I. El concepto de abuso explotativo de posición dominante

La norma más importante a nivel internacional que trata sobre el tema de los abusos de posición dominante es sin duda el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012), el cual es el sucesor del originalmente denominado “Tratado de Roma” (1957), que contenía una cláusula idéntica en su art. 86. El concepto de abuso de posición dominante mencionado en dicho artículo no se encuentra sin embargo definido en el Tratado, y tampoco lo está en otras legislaciones de defensa de la competencia que emplean la misma figura jurídica (tales como las leyes española y brasileña). Sí hay en cambio una definición del término en el art. 19 de la ley alemana de competencia (GWB, de 1958, cuya última modificación tuvo lugar en el año 2017), que sostiene que existe abuso cuando una empresa con posición dominante efectúa alguna de las siguientes conductas:

- 1) restringe la capacidad de competir de otras empresas;
- 2) impone precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado;
- 3) discrimina entre compradores sin que medien justificaciones objetivas;
- 4) se rehúsa a darle acceso a sus competidores a sus redes o instalaciones cuando esto resulta indispensable para competir;
- 5) exige que otras empresas le concedan ventajas comerciales sin que medien justificaciones objetivas.

Tal como puede apreciarse, los casos 1 y 4 de la definición expuesta se refieren a abusos exclusorios de posición dominante, en tanto que el caso 2 es explotativo, y los casos 3 y 5 pueden ser explotativos o exclusorios según la situación en la que se produzcan.

Además de la definición que aparece en la ley alemana, existen una serie de definiciones pro-

ducidas por la doctrina jurídica, que en general parten de la consideración de elementos que aparecen en distintos casos de la jurisprudencia comparada. Bellamy y Child sostienen por ejemplo que los abusos de posición dominante son aquellas conductas de entidades con posición dominante en un mercado “cuyo efecto económico es reducir la competencia efectiva... o que son injustas o irrazonables respecto de aquellas personas que dependen de la empresa dominante para el suministro o la adquisición de los bienes o servicios relevantes” (2). Esta definición es congruente con el concepto que al respecto esboza Neumann, que identifica al abuso de posición dominante con una situación en la que existe “explotación de los compradores o vendedores” (abuso explotativo) o “interferencia con la libertad de los competidores” (abuso exclusorio) (3).

Si bien el abuso explotativo aparece caracterizado de una manera u otra en la gran mayoría de las legislaciones que usan la figura de abuso de posición dominante, su uso ha sido en general problemático. Esto se debe a que las herramientas que tiene la defensa de la competencia para resolver los problemas generados por las prácticas anticompetitivas son herramientas de regulación indirecta de los mercados, que implican el establecimiento de multas y la imposición de obligaciones de no hacer pero que en ningún caso llevan aparejado el control directo de los precios, las cantidades u otras variables cuantitativas. Cuando lo que se produce es un abuso explotativo de posición dominante, sin embargo, el problema es usualmente un problema de precios demasiado altos, cantidades demasiado bajas o distorsiones en los valores de otras variables, que solo pueden remediarse si se los controla directamente a través de la acción de algún organismo regulador que esté permanentemente monitoreando el mercado. Tal control no puede ser ejercido de manera efectiva por el poder judicial ni por las agencias de defensa de la competencia, cuyo accionar está en general limitado a probar o verificar la

(2) BELLAMY, Christopher - GRAHAM Child, *Common Market Law of Competition*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1993.

(3) NEUMANN, Manfred, *Competition Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001.

legalidad de determinadas conductas y a resolver excepcionalmente respecto de ellas.

Lo expresado en el párrafo anterior explica por qué la defensa de la competencia fracasa en general cuando se ve obligada a resolver casos en los cuales la conducta analizada son los “precios excesivos” o el “aumento abusivo de precios”. Por un lado, en casos como esos suele faltar un estándar objetivo contra el cual comparar dichos precios para saber si verdaderamente implican un abuso explotativo de posición dominante. Por otro, la autoridad antitrust no es en general capaz de encontrar una solución al problema, ya que carece del poder y de los conocimientos técnicos para definir cuál es el precio correcto a cobrar y cómo debe evolucionar dicho precio en el futuro. Es probablemente por eso que el derecho estadounidense de defensa de la competencia (y las leyes de otros países inspiradas en él, como por ejemplo la ley mexicana) no incluye ninguna figura punible que pueda asociarse con el abuso explotativo de posición dominante, y se limita a sancionar los casos de monopolización o intento de monopolización de carácter exclusorio. Esta es una interpretación que tiene una larga tradición en la jurisprudencia norteamericana, que se remonta por lo menos al caso “*EE.UU. c. US Steel*” (251 US 417, 1920). En dicho caso, una empresa claramente dominante (US Steel, que tenía una participación de más del 80% en el mercado de acero en cierto momento del tiempo) fue exculpada por no poder probarse que el ejercicio que había hecho de su poder de mercado tuviera efectos nocivos para sus competidores (4).

En las legislaciones en las cuales la figura de abuso explotativo de posición dominante aparece explícitamente identificada, la jurisprudencia ha intentado definir ciertos estándares más o menos objetivos contra los cuales confrontar las prácticas de precios excesivos

(4) La interpretación de que el derecho antitrust estadounidense no penaliza las conductas unilaterales de tipo explotativo apareció también con fuerza en un caso más reciente, que llegó ante la Corte Suprema de EE.UU., y que es el caso “*C. Trinko c. Verizon*” (540 US 398, 2004). En su sentencia referida a dicho caso, la corte norteamericana expresó que “...la simple posesión de poder monopólico, y la consecuente fijación de precios monopólicos, no solo no es ilegal, sino que es un elemento importante del sistema de libre mercado”.

o no equitativos basándose en circunstancias diversas. Una alternativa explorada al respecto es tratar de comparar los precios vigentes con alguna medida del costo, a fin de reconstruir un “precio competitivo teórico”, tal como suele hacerse en los casos de precios predatorios. Esta vía, sin embargo, tropieza con problemas, ya que por más que dicho precio teórico pueda reconstruirse, siempre será materia opinable qué porcentaje por encima del mismo constituye un “exceso” que pueda considerarse como indicativo de un abuso de posición dominante. En general, este tipo de argumentación se usa más para desestimar denuncias por precios excesivos que para sancionarlas, y para evaluar movimientos en los precios más que niveles absolutos de los mismos. Es así común que las autoridades antitrust analicen determinado incremento de precios y lo comparen con los aumentos sufridos por determinados insumos o por ciertos índices de inflación que se consideren relevantes al caso en cuestión. Si el incremento objetado está más o menos en línea con tales aumentos, entonces ello se considera como evidencia de que el mismo no es excesivo, y que, por lo tanto, no se está en presencia de un abuso de posición dominante.

Otro posible estándar de comparación son los precios que rigen en mercados competitivos similares. Este es un elemento que puede ser de mucha utilidad para evaluar una práctica de fijación de precios supuestamente excesivos, porque permite comparar el comportamiento de una empresa con posición dominante con el de empresas equivalentes que no se encuentran en dicha posición. Su aplicabilidad como prueba de un abuso explotativo de posición dominante es, sin embargo, escasa, ya que es sumamente difícil encontrar mercados que sean comparables en todas sus dimensiones relevantes excepto el grado de competencia. Cuando este tipo de comparaciones aparece en los casos de defensa de la competencia, lo usual es que también sirva para desestimar denuncias (si es que se observa que en otro mercado más competitivo los precios son igualmente altos o también se incrementaron en cierto momento) o que se aplique para comparar el comportamiento del mismo mercado en dos momentos del tiempo. Si, por ejemplo, se verifica que, después de la salida del mercado de un competidor, cierta empresa incrementó sus precios de

manera desproporcionada o que, luego de la entrada de un competidor, los redujo de manera muy grande, entonces esto puede ser un elemento para abonar la tesis de que en ausencia de competencia la empresa cobraba precios excesivos y estaba por ende abusando de su posición dominante.

En un artículo sobre el análisis antitrust de los precios excesivos, Evans y Padilla sostienen que, en general, resulta preferible que las autoridades de competencia no actúen en este tipo de casos, puesto que los costos esperados de cometer errores suelen superar a los de no intervenir cuando estamos efectivamente en presencia de precios monopólicos ineficientes (5). Sin embargo, cuando se trata de mercados con barreras legales a la entrada y en los cuales existe un monopolista, cuyas acciones pueden impedir el lanzamiento de nuevos productos o la aparición de nuevos mercados adyacentes, entonces estos autores sí encuentran una ventaja en la intervención de la autoridad antitrust, cuando los precios de dicho monopolista exceden considerablemente los costos medios totales de provisión de su producto.

En una línea similar a esa, Motta y Streeel señalan una serie de factores en contra de la sanción de los precios excesivos por parte de la autoridad antitrust, que tienen que ver con el hecho de que dicha sanción puede reducir los incentivos a invertir en investigación y desarrollo, y a que le genera costos a la autoridad de competencia que la llevan a convertirse en una especie de autoridad de regulación sectorial sin tener a su alcance los elementos necesarios para llevar a cabo dicha regulación (6). No obstante, estos autores concluyen que existen algunos casos en los cuales prohibir los precios excesivos puede ser útil, siempre y cuando se produzcan de manera simultánea cuatro condiciones: que

existan barreras de entrada elevadas y permanentes, que el poder de mercado de la empresa bajo análisis se origine en privilegios especiales concedidos a dicha empresa en el pasado o en el presente, que la autoridad de competencia no pueda eliminar dichas barreras de entrada ni dichos privilegios, y que se trate de un sector en el cual no opere un regulador específico.

Un caso particular de abuso explotativo de posición dominante es el que tiene lugar cuando el mismo se materializa a través de una práctica discriminatoria (por ejemplo, de la discriminación de precios). En esa circunstancia la conducta abusiva puede terminar con una simple orden de cese de la discriminación en cuestión, resolviéndose de ese modo el tema sin necesidad de utilizar ningún tipo de regulación directa de precios o cantidades. La discriminación es también útil como prueba del carácter explotativo de la conducta analizada, ya que usualmente implica que el mismo bien o servicio se le está proveyendo a cierto grupo de clientes (o comprándosele a cierto grupo de proveedores) en condiciones diferentes respecto de otro grupo más favorecido, y esa diferencia puede servir para medir el “grado de explotación” al cual está siendo sometido el grupo discriminado.

Cabe aclarar, sin embargo, que la discriminación no siempre resulta interpretable como un abuso explotativo de posición dominante ni su eliminación conlleva necesariamente una mejora respecto de la situación existente. Puede darse, por ejemplo, que la discriminación tenga por objeto incrementar las ventas de la empresa que la practica, a través de la realización de ofertas destinadas a grupos particulares de compradores que de otro modo no adquirirían el producto en cuestión o lo harían en cantidades inferiores. Esto sucede en algunos casos de discriminaciones de precios en los cuales los compradores favorecidos pertenecen a grupos de demanda más baja (p. ej., jubilados o estudiantes) o adquieren varios productos a la vez (p. ej., ventas en bloque no obligatorias). Estas son circunstancias en las cuales la discriminación puede resultar conveniente tanto para una empresa que tiene posición dominante como para una empresa que no la tiene, con lo que mal puede relacionarse a dicha práctica con un abuso explotativo de posición dominante.

(5) EVANS, David - PADILLA, Jorge, “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, vol. 1, ps. 97-122. Véase también O’DONOGHUE, Robert - PADILLA, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2ª ed., Hart, Oxford, 2013, cap. 14.

(6) MOTTA, Massimo - STREEEL, Alexandre, “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”, en EHLERMANN, Claus - ATANASIU, Isabela, *European Competition Law Annual: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Hart, Oxford, 2006.

Adicionalmente, puede pasar que una práctica discriminatoria que sea susceptible de interpretarse como un abuso explotativo de posición dominante sea preferible a una situación en la que la discriminación desaparezca, pero la explotación subsista. Ejemplos de esto podrían ser casos de discriminación de precios en los que el precio promedio sin discriminación es mayor que el precio promedio con discriminación (con lo cual la prohibición de discriminar lleva en general a una cantidad vendida menor y a un menor excedente total de los agentes económicos) o casos de ventas en bloque en los que la prohibición de esta práctica lleva a las empresas a no proveer más uno de los bienes.

A fin de evaluar si una práctica discriminatoria resulta o no explotativa y si su eliminación resulta o no conveniente, el análisis económico aconseja estudiar primero el grado de competencia existente en el mercado en cuestión, y abstenerse de actuar si este es relativamente alto. Si la competencia efectiva es muy baja o inexistente, en cambio, podrá considerarse que quien discrimina tiene posición dominante, y lo que habrá que analizar son los probables efectos de eliminar la discriminación. Para ello, resulta crucial determinar si el grupo favorecido por la discriminación es un grupo importante o marginal, y la regla general será abstenerse de actuar en este último caso. Esto se debe a que, si el grupo favorecido por la discriminación es poco importante, la respuesta más probable de una empresa a la que se le prohíbe discriminar será aplicar las condiciones más desfavorables a todo el universo de sus clientes. Si, en cambio, el grupo perjudicado es marginal y el favorecido es importante, es más fácil que una empresa a la que se le prohíbe discriminar opte por ofrecerle a todos sus clientes las condiciones que antes solo le ofrecía al grupo más favorecido.

Otra variable que la literatura económica suele utilizar para evaluar si una práctica discriminatoria es socialmente beneficiosa o perjudicial es el volumen total comercializado en el mercado, siendo la regla general que, cuanto mayor es el volumen total, mayor es el excedente generado en el mercado. En ese sentido, una prueba indicativa del efecto de la discriminación de precios sobre el bienestar es analizar su impacto sobre la cantidad total comerciada, comparando el probable valor de equilibrio de

dicha cantidad en situaciones con y sin discriminación. Si la cantidad total es mayor en una situación con discriminación, la misma podrá tener un efecto agregado positivo; si es menor, casi con seguridad tendrá un efecto negativo (7).

Para poder decir si una práctica explotativa es aceptable o no, sin embargo, resulta crucial definir primero el objetivo de política económica que se está tratando de lograr. En la evaluación de las prácticas discriminatorias esto es particularmente importante, ya que a veces una conducta puede incrementar el excedente total de los agentes económicos, pero disminuir el excedente del consumidor. El ejemplo teórico más claro de esto es la discriminación perfecta o de primer grado, la cual resulta óptima desde el punto de vista de la eficiencia económica pero pésima desde el punto de vista de los compradores del bien o servicio objeto de análisis. Esto se debe a que, si un vendedor puede discriminar perfectamente entre sus compradores, tiene también la capacidad potencial de vender cada unidad a un precio distinto y, por ende, de apropiarse de todo el excedente generado en el mercado. Es precisamente dicha capacidad la que hace que quien intente maximizar sus propios beneficios también maximice el excedente total, y elija por lo tanto la cantidad eficiente a proveer. Nótese sin embargo que esta eficiencia se obtiene a costa de una distribución del ingreso que le asigna todos los beneficios al vendedor y nada a los compradores. Es por ello que, si la discriminación de primer grado tiene lugar en un contexto monopólico, dicha distribución representa la antítesis de la que surge en una situación de competencia perfecta (en la cual, en el largo plazo, el excedente total tiende a ir exclusivamente hacia los compradores).

II. El abuso explotativo en la ley 27.442

La recientemente promulgada ley 27.442 de defensa de la competencia cuenta con tres artículos (que son, respectivamente, los arts. 1º, 2º y 3º) que establecen disposiciones “de fondo” respecto de las posibles conductas anticompetitivas que pueden constituir infracciones a

(7) Para una explicación analítica de este tema, véase VARIAN, Hal, “Price Discrimination and Social Welfare”, *American Economic Review*, vol. 75, 1985, ps. 870-875. Véase también COLOMA, Germán, *Economía de la organización industrial*, Temas, Buenos Aires, 2005, cap. 9.

dicha ley. Esto es una novedad respecto de las dos leyes de defensa de la competencia que la antecedieron en la Argentina (la ley 22.262, del año 1980, y la ley 25.156, del año 1999), que solo tenían dos artículos (el 1º y el 2º) referidos a la definición de las prácticas anticompetitivas.

El cambio de régimen implicó una división entre los distintos tipos de posibles conductas anticompetitivas en dos grandes grupos: las conductas que aparecen en el nuevo art. 2º, y las que aparecen en el nuevo art. 3º. En el primero de tales artículos se mencionan cuatro casos particulares, pero ninguno de ellos aparece encuadrado como abuso de posición dominante sino como “acuerdos entre competidores”. Los mismos representan los “cuatro casos clásicos” de cartelización (es decir, los acuerdos de precios, los acuerdos de cantidades, los repartos de mercados y la coordinación de posturas en subastas y licitaciones), y su principal implicancia en el nuevo régimen de defensa de la competencia es que la ley 27.442 los considera como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia” y, con base en ello, presume que producen perjuicio al interés económico general.

A diferencia de las conductas del nuevo art. 2º, las conductas del nuevo art. 3º mantienen el requisito, que venía ya de las leyes 22.262 y 25.156, de que solo serán consideradas infracciones al régimen argentino de defensa de la competencia “en la medida que configuren las hipótesis del art. 1º”. Su redacción mantiene también la idea de que el listado es meramente enunciativo (y no taxativo), ya que contiene la expresión “entre otras” (lo cual indica que puede haber conductas que resulten lesivas a la ley 27.442 y que no estén específicamente enunciadas ni en el art. 2º ni en el 3º).

Dentro de las conductas que aparecen en el art. 3º de la ley 27.442 se hallan varias que pueden entrar dentro de la categoría de abuso de posición dominante y, en particular, de la categoría de abuso explotativo de dicha posición. Entre ellas cabe mencionar las de los incs. a), b), f) y h), que se refieren específicamente a las siguientes conductas:

a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado...;

b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;

f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;

h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

Estas definiciones de conductas posiblemente anticompetitivas son en rigor muy similares o idénticas a otras que aparecían en el art. 2º de la ley 22.262 y en el art. 2º de la ley 25.156. Como el art. 1º de tales leyes, al cual dichas normas remitían para evaluar el carácter anticompetitivo de tales conductas, era también virtualmente idéntico al actual art. 1º de la ley 27.442, resulta posible concluir que, en lo que se refiere al análisis de las conductas en cuestión, la nueva Ley de Defensa de la Competencia no introduce ningún tipo de cambio o innovación. Por lo tanto, si hasta el momento se consideraba que la normativa argentina de defensa de la competencia preveía la posibilidad de sancionar como prácticas anticompetitivas algunos abusos explotativos de posición dominante, dicha previsión debería seguir operando bajo la nueva Ley de Defensa de la Competencia, ya que no se ha producido ningún cambio en la norma que pueda llevar a entender lo contrario.

Lo que sí ha acontecido, sin duda, es una especie de “jerarquización” de algunos tipos de conducta anticompetitiva respecto de otros. Las conductas que ahora parecen destacarse con mayor preponderancia del resto (en el sentido de que pasan a ser consideradas como “absolutamente restrictivas de la competencia” y de que se presume que producen perjuicio al interés económico general) son aquellas que representan prácticas claramente cartelísticas, que tienen como requisito básico el hecho de ser llevadas a cabo en forma concertada, por empresas que deberían competir entre sí en

el mercado, y cuyo objeto es claramente limitar la competencia entre dichas empresas. Los abusos de posición dominante, en cambio, han quedado en una categoría de prácticas anti-competitivas que solo pueden considerarse infracciones si de ellas “puede resultar perjuicio al interés económico general”, y que por lo tanto exigen un estándar de evaluación más estricto para poder ser sancionadas.

En esa segunda categoría de prácticas anti-competitivas parecen entrar ahora los abusos explotativos de posición dominante. Pero dicha categoría involucra también otro conjunto de prácticas que, o bien son abusos exclusorios de posición dominante, o bien son acuerdos entre empresas que no entran dentro de la categoría de “cárteles duros”. Entre ellas pueden mencionarse las conductas destinadas a obstaculizar la entrada de competidores al mercado, las conductas de depredación de competidores, las prácticas verticales que restringen la competencia entre proveedores de un insumo o revendedores de un producto, etc.

En resumen, la conclusión preliminar que surge de la lectura de la ley 27.442 en lo que respecta a la consideración de posibles abusos explotativos de posición dominante es que la misma no se ha modificado respecto de lo que era bajo las leyes 22.262 y 25.156. Por ello, es posible suponer que los antecedentes jurisprudenciales elaborados sobre este tema bajo esas dos normas siguen teniendo vigencia luego del cambio normativo producido en mayo de 2018, y que por lo tanto siguen siendo la guía más adecuada para interpretar casos de abuso explotativo bajo la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

III. El abuso explotativo en la jurisprudencia antitrust argentina

La jurisprudencia argentina sobre abusos explotativos de posición dominante se inició con dos casos que tuvieron lugar poco tiempo después de la promulgación de la ley 22.262 y de la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Ambos casos se refieren a situaciones de ejercicio del poder monopsonico por parte de compradores de insumos. En el primero de ellos, “Unión General de Tamberos c. Cooperativa Popular de Santa

Rosa” (res. 178/1982, Secretaría de Comercio), un comprador de leche con posición dominante en cierta área geográfica de la provincia de La Pampa fue multado por conductas de carácter explotativo respecto de los tamberos que le proveían la leche en cuestión. En el otro caso, “CNDC c. Industrias Welbers” (CNPenal Económica, sala 2ª, 5/7/1983), un ingenio azucarero que era virtualmente el único comprador de caña de azúcar en la zona norte de la provincia de Santa Fe fue también multado por imponer a sus proveedores ciertas exigencias de financiación que implicaban de hecho reducciones de precios por debajo de los vigentes en el mercado (y que solo tenían explicación por el poder de compra que ostentaba el denunciado).

Luego de estos casos, la jurisprudencia antitrust argentina entró en un período bastante extenso durante el cual no se impusieron sanciones por conductas que puedan encuadrarse como abusos explotativos de posición dominante (8). Dicho período se extendió hasta el año 1999, en el cual la CNDC cerró un caso muy significativo en el cual sí recomendó la fijación de una multa muy considerable (la cual fue posteriormente impuesta por el secretario de Industria, Comercio y Minería, y convalidada luego por la justicia). El caso fue el de “CNDC c. YPF” (res. 17/1999, Secretaría de Industria, Comercio y Minería; y CS, 2/7/2002), y en él se analizó la política de precios de la principal empresa petrolera argentina (entonces en manos privadas) respecto de sus ventas mayoristas de gas licuado de petróleo (GLP).

En el caso de YPF, la conducta objetada fue la discriminación de precios entre las ventas a

(8) Durante dicho período, sin embargo, la CNDC analizó algunos casos referidos a conductas explotativas que podían haber sido encuadradas como abusos de posición dominante, y que por alguna circunstancia terminaron con recomendaciones de archivo de las actuaciones. Entre ellos pueden citarse los casos “Di Paolo c. Ipako y Polisur” (res. 4/1991, Secretaría de Comercio), “Dirección Nacional de Comercio Interior c. Pfizer” (res. 304/1995, Secretaría de Comercio), “H. Núñez c. Roemmers” (res. 37/1996, Secretaría de Comercio), “N. La Porta c. Telefónica y Telecom” (CNPenal Económica, sala A, 4/7/1997), “Cruzada Cívica c. Movicom y Miniphone” (res. 10/1999, Secretaría de Industria, Comercio y Minería) y “N. Ferrari c. CTI y Unifón” (res. 33/1999, Secretaría de Industria, Comercio y Minería).

distribuidores del mercado interno de GLP y las ventas al exterior, la cual no tenía justificación de costos ni se originaba en diferencias de volumen. Dicha discriminación implicaba que el mismo producto que se exportaba a precios internacionales se vendía en el mercado doméstico a un precio sustancialmente mayor, y según la CNDC la diferencia en cuestión se explicaba porque la empresa denunciada tenía una posición dominante en el mercado interno que no se extendía al mercado internacional. De acuerdo con el análisis efectuado por las autoridades argentinas, YPF no solo tenía capacidad de fijar precios en el mercado argentino de GLP, sino que tampoco enfrentaba competencia sustancial por parte de empresas equivalentes. En dicho mercado, además, la actividad exportadora de YPF no parecía limitarse a vender “excedentes fuera de temporada”, sino que representaba una proporción importante de su producción que se mantenía regularmente durante todo el año.

Desde el punto de vista económico, la caracterización del mercado efectuada por la CNDC fue la de un oligopolio con liderazgo en precios. La idea era que, en el mercado doméstico mayorista de gas licuado, YPF era la única empresa con verdadera capacidad de fijar precios, y los otros productores se comportaban como seguidores de los precios que aquella determinaba. En el mercado externo, en cambio, YPF era tomador de los precios internacionales vigentes, y sus valores de exportación a los países limítrofes (especialmente Brasil y Chile) estaban limitados por la posibilidad de dichos mercados de abastecerse de gas licuado de otros países. Esta doble condición sería la que llevó a YPF a cobrar un precio más alto en el mercado interno (donde su demanda era relativamente inelástica) y uno más bajo en el mercado externo (donde su demanda era totalmente elástica al precio internacional) (9).

(9) Por su importancia, el caso YPF generó la aparición de varios artículos académicos que analizaron los argumentos jurídicos y económicos subyacentes en él. Para una muestra de esta literatura, véase D'AMORE, Marcelo, “Abuso explotativo de posición dominante: el caso YPF en la Argentina”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro. 11, 2000, ps 7-16; GROSSMAN, Lucas - SEREBRISKY, Tomás, “El abuso explotativo y la defensa de la competencia en la Argentina”, *Boletín La-*

Otros dos casos sobre supuestas discriminaciones explotativas, pero que finalizaron sin sanción, son “R. Lloveras c. Cablevisión” (res. 78/2002, Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor) y “CADAM c. Luncheon Tickets” (CNPenal Económica, sala A, 5/7/2007). En el primero de ellos, un abonado a la televisión por cable de la ciudad de Río Cuarto (Córdoba) denunció a un operador de dicho servicio (Cablevisión) por aplicar diferentes tarifas a sus usuarios según estuvieran en una zona en la cual Cablevisión enfrentara o no competencia por parte de otro operador de TV por cable. En este caso la CNDC ordenó el archivo de las actuaciones, por considerar que tales diferencias se habían producido como consecuencia del ingreso de un nuevo competidor al mercado, y que las reducciones de precios originadas por la aparición de mayor competencia no debían considerarse como anticompetitivas a no ser que la conducta tuviera un carácter predatorio (que no era la situación en dicho caso).

En el segundo de los casos mencionados, por su parte, lo que se objetó fue una práctica de una empresa emisora de vales alimentarios (*luncheon tickets*) de incrementar ciertas comisiones que se le cobraban a los distribuidores y autoservicios mayoristas cuando estos canjeaban los vales que recibían de los comercios minoristas, y que dicho aumento no se había extendido al caso de las cadenas de supermercados minoristas. Para aconsejar la desestimación de la denuncia en este caso, la CNDC (y, con posterioridad a ella, el secretario de Defensa de la Competencia y la Cámara Nacional Penal Económica) entendió que la misma se refería a una práctica que no tenía ningún efecto directo sobre los usuarios finales del servicio de vales alimentarios (es decir, sobre las compañías que utilizaban los vales para remunerar a sus empleados, ni sobre dichos empleados cuando ellos usaban los vales para pagar sus compras de alimentos), y que era realizada por una empresa que no tenía posición dominante en el mercado de vales alimentarios (ya que en la Argentina existían varias otras empresas, además

Latinoamericano de Competencia, nro. 16, ps 15-23, 2003; y BOUZAT, Gabriel, “El abuso de posición dominante: un comentario al fallo YPF SA”, LL 2003-B; 24/2/2003.

de *luncheon tickets*, que tenían participaciones de mercado importantes)(10).

IV. Dos casos recientes de abuso explotativo

La jurisprudencia antitrust argentina sobre abusos explotativos de posición dominante se incrementó recientemente con la resolución, por parte del secretario de Comercio de la Nación, de dos casos que resultan de interés, porque en ambos se llegó a la conclusión de que se estaban produciendo los mencionados abusos. En uno de ellos, sin embargo, se consideró que había existido abuso pero no perjuicio al interés económico general, en tanto que en el segundo se concluyó que se hallaban presentes los dos elementos (y que, por lo tanto, el caso merecía una sanción de multa y de orden de cese). Ambos casos serán resumidos y analizados en los apartados que siguen.

IV.1. “CNDC c. El Tehuelche y PCR”(11)

En este caso, la CNDC había iniciado de oficio una investigación contra las empresas “El Tehuelche” y Petroquímica Comodoro Rivadavia (PCR), originada en una presentación llevada a cabo por la Secretaría de Obras Públicas de la Nación. En ella se mencionaba que estas empresas podían estar incurriendo en una práctica violatoria de la ley 25.156, consistente en discriminar precios entre distintos clientes del mismo producto, que en este caso era la bolsa de cemento de 50 kg. La situación descripta tenía que ver con un contexto en el cual dicha bolsa de cemento se vendía a un precio mayor en la zona de Río Gallegos (Santa Cruz) y a un precio menor en la zona de Viedma (Río Negro), a pesar de que el producto se fabricaba en una planta que estaba localizada más cerca de la primera ciudad que de la segunda.

De las explicaciones brindadas por las empresas denunciadas y de la posterior investigación de la CNDC, quedó claro que la conducta

de discriminación bajo análisis no era imputable a El Tehuelche (que es una empresa que, entre otras actividades, posee locales comerciales especializados en la venta de materiales de construcción y productos de decoración), ya que en su caso la diferencia de precios estaba motivada por el distinto precio de compra que fijaba PCR (que es la empresa cementera que fabrica el producto en cuestión). Respecto de esta última empresa, en cambio, podía inferirse que la diferencia entre sus precios de venta en la zona de Río Negro y en la zona de Santa Cruz obedecía al distinto nivel de competencia que existía en ambas zonas (mayor en el caso de Río Negro y menor en el caso de Santa Cruz).

Del análisis de la información recabada, la CNDC llegó a la conclusión de que PCR había incurrido en una conducta de discriminación de precios entre sus clientes ubicados en la “Patagonia Norte” (que incluye la zona de Viedma) y la “Patagonia Sur” (que incluye la zona de Río Gallegos). Sin embargo, también tuvo en cuenta que, para PCR, la Patagonia Sur es un mercado geográfico en el cual tiene posición de dominio (y en el que efectúa la mayor parte de sus ventas de cemento), y en cambio la Patagonia Norte es un área a la cual destina un porcentaje relativamente reducido de su producción (y en la cual compete activamente contra otras firmas). Esto llevó a la autoridad antitrust a concluir que, en el caso en el cual se considerara que la discriminación de precios bajo estudio implicaba una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, PCR probablemente optaría por dejar de vender su producto en la Patagonia Norte y concentrarse exclusivamente en la Patagonia Sur, generándole de ese modo un perjuicio a sus clientes de aquel mercado sin brindarles ningún beneficio adicional a los de este.

El análisis llevado a cabo por la CNDC, entonces, concluyó que la conducta bajo análisis representaba un caso de discriminación de precios en el cual PCR estaba llevando a cabo una conducta que podía encuadrarse como un abuso explotativo de posición dominante. Sin embargo, llegó también a la conclusión de que dicha conducta no implicaba un perjuicio al interés económico general, debido a que la misma permitía ofrecer condiciones más ventajosas a cierto grupo minoritario de clientes (los de la Patagonia Norte) sin generarle un perjuicio

(10) Para un análisis un poco más extenso acerca de este último caso, véase COLOMA, Germán, “Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo - TAJAN, Guillermina, *Derecho de la competencia y su control judicial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

(11) Res. 387/2017, Secretaría de Comercio.

cio directo al grupo mayoritario (los de la Patagonia Sur). En ese contexto, se consideró que no existía mérito suficiente para proseguir con el procedimiento, por lo que se le aconsejó al secretario de Comercio que dispusiera el archivo de las actuaciones (cosa que dicho secretario finalmente hizo en la resolución que cerró el caso bajo análisis).

IV.2. “FEGHRA c. SADAIC” (12)

En este caso, la CNDC tuvo que analizar una denuncia llevada a cabo por la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (FEHGRA) contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC). En ella, SADAIC era denunciada por conductas que tenían que ver con el abuso de su posición dominante como oferente en el mercado de derechos de autor de obras musicales, mercado en el cual los hoteles asociados a FEHGRA actúan como demandantes.

La denuncia en este caso tenía esencialmente que ver con una conducta de precios excesivos, que SADAIC les cobraba a los hoteles por el hecho de que los clientes de dichos hoteles consumen música durante su estadía en los mismos (principalmente de manera indirecta, a través de los televisores que se encuentran en las habitaciones de los mencionados hoteles). La denuncia también involucraba una conducta de tipo discriminatoria, ya que los aranceles fijados eran diferentes según los hoteles estuvieran o no incluidos en algún contrato que SADAIC firmaba con ciertas asociaciones hoteleras regionales (sin darle a otros hoteles la opción de pagar dichos aranceles preferenciales).

Del análisis llevado a cabo por la CNDC se llegó a la conclusión de que efectivamente SADAIC tenía una posición de dominio en el mercado de otorgamiento de autorizaciones para la reproducción de música en hoteles, respecto del cual dicha posición surgía en virtud de una ley nacional (ley 17.648) que le otorgaba el monopolio en ese mercado. Esto implica que los hoteles (entre ellos, los asociados a FEHGRA) están obligados a pagar los aranceles correspondientes a esa actividad, aranceles estos que, además, son fijados libremente por SADAIC.

Otra conclusión a la que llegó la CNDC a través de su análisis fue que la política de precios establecida por SADAIC para con los hoteles implicaba el cobro de aranceles promedio que eran sustancialmente más altos a los cobrados en otros países (por ejemplo, Venezuela, Chile, México, Colombia, España) y también a los aranceles promedio cobrados por otras entidades argentinas de gestión colectiva de derechos de autor (p. ej, Argentores y AADI-CAPIF). Asimismo, concluyó que el cambio en el régimen tarifario impuesto por SADAIC en el año 2009 había implicado un incremento sustancial en el monto de dichos aranceles promedio (en especial en lo referido a los hoteles de más de 50 habitaciones), y también verificó la existencia de una política de discriminación de precios que permitía que algunos hoteles se beneficiaran de descuentos por “estacionalidad” y por “factor de ocupación”, mientras que la gran mayoría de los establecimientos hoteleros no tenían acceso a dichos descuentos.

Con base en estos elementos, la CNDC llegó a la conclusión de que se hallaba en presencia de un abuso de posición dominante, que podía calificarse como explotativo (ya que no presentaba elementos relacionados con la exclusión de competidores de la entidad denunciada). También interpretó que el mismo implicaba un perjuicio al interés económico general, en virtud de ser una conducta que reducía directamente los beneficios de los demandantes del servicio provisto por SADAIC sin tener ninguna justificación basada en costos o en algún otro argumento que no tuviera que ver con el ejercicio del poder monopólico del oferente de dicho servicio.

Por todo ello, la CNDC decidió recomendar la imposición de una orden de cese de la conducta abusiva llevada a cabo por la entidad denunciada, junto con una multa de algo más de 42 millones de pesos. También introdujo en su dictamen una recomendación regulatoria para el Ministerio de Cultura y para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (que son los organismos encargados de la supervisión de SADAIC en cuanto gestor del cobro de los derechos de autor de composiciones musicales), a fin de que tales ministerios establezcan una normativa para los aranceles de SADAIC basada en los principios de alcance acotado, no

(12) Res. 371/2018, Secretaría de Comercio.

discriminación, razonabilidad y transparencia. Todo esto fue receptado por la resolución del secretario de Comercio que decidió acerca del caso, en coincidencia con las recomendaciones de la CNDC (13).

V. Comentarios finales

De todo lo visto y analizado en el presente documento, resulta posible extraer algunas conclusiones y comentarios generales. Los mismos son los siguientes:

a) Los abusos explotativos de posición dominante parecen seguir formando parte del conjunto de conductas anticompetitivas punibles por el derecho argentino de defensa de la competencia, ya que la nueva ley que regula dicho tema (es decir, la ley 27.442) no ha introducido modificaciones que puedan considerarse indicativas de un cambio respecto del criterio que se utilizaba hasta este año por aplicación de leyes anteriores (p. ej., de la ley 22.262 y de la ley 25.156).

b) Puede presuponerse, por lo tanto, que bajo el nuevo régimen argentino de defensa de la competencia continuará produciéndose una tensión entre las pretensiones de sancionar conductas que representan abusos explotativos de posición dominante y el problema intrínseco que tiene el derecho de la competencia para tratar dichas conductas (que muchas veces ponen a la autoridad de aplicación ante la obligación de resolver un problema económico para

el cual no tienen las herramientas regulatorias adecuadas).

c) La jurisprudencia antitrust argentina, sin embargo, parece haber ido derivando hacia soluciones mediante las cuales solo elige sancionar este tipo de conductas cuando las mismas pueden encuadrarse claramente dentro de una práctica cuyo cese puede ser ordenado claramente (por ejemplo, dentro de una práctica de discriminación de precios).

d) También cabe mencionar que, en los casos argentinos de abuso explotativo, suele tener una importancia fundamental el empleo del “filtro del interés económico general”, que vuelve posible que una conducta pueda ser considerada al mismo tiempo como un abuso y como algo que no perjudica al interés económico general. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de discriminación de precios en los que se llega a la conclusión de que el perjuicio al interés económico general puede ser mayor sin discriminación que con discriminación.

e) Por último, la jurisprudencia reciente nos muestra una interesante interfaz entre la acción de la autoridad antitrust como sancionadora de conductas anticompetitivas y su papel en cuanto organismo que puede dar recomendaciones relacionadas con la “promoción de la competencia” (es decir, recomendaciones para que las regulaciones emitidas por otros órganos del estado favorezcan la competencia y reduzcan las posibilidades de abuso de posición dominante). En el caso de los abusos explotativos, este tipo de recomendaciones pueden tener que ver con la idea de que ciertos monopolios legales deben ser regulados en cuanto a su capacidad de ejercer poder de mercado, y de que dichas regulaciones deben seguir una serie de principios semejantes a los que se emplean en la práctica de la defensa de la competencia.

(13) Cabe mencionar, sin embargo, que la mencionada resolución del secretario de Comercio fue apelada por SADAIC en el mes de julio de 2018 ante la Cámara Federal Civil y Comercial, y que al momento de escribirse estas líneas la misma se encuentra a la espera de ser analizada por dicha Cámara de Apelaciones.

El abuso de posición dominante (algunas reflexiones sobre el interés económico general)

OSVALDO J. MARZORATI (*)

I. Antecedentes e introducción

Nuestra nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442(1) es ante todo una ley de actualización proactiva del tema que merece reconocimiento, porque no solo deroga leyes anteriores o incluso referencias a artículos de leyes vigentes, sino que promueve reformas novedosas y necesarias como la del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC), para solucionar los problemas que generó la actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —CDDF— durante largos años con fallos dejados de lado por falta de compe-

tencia. Un complemento necesario y oportuno que merece destacarse es la creación de una sala especializada en defensa de la competencia, dentro del marco de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2) que, además de conocer sobre los recursos de apelación de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia, también conoce en el mismo carácter de las sanciones y resoluciones administrativas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, y como novedad, la ley introduce el programa de clemencia que varias legislaciones, incluyendo la brasileña, utilizan y de cuyos resultados sus inspiradores creen que pueden contribuir a solucionar situaciones de concentración empresaria y, en menor medida, de los abusos de posición dominante. Pero, ese carácter moderno y proactivo se advierte claramente en la introducción de un capítulo dedicado al fomento de la competencia (3) previendo que el Tribunal de Defensa

(*) Abogado especialista en derecho comercial y derecho de negocios internacionales. Doctor en derecho y ciencias sociales MCL de Columbia University. Investigador del Max Planck Institute Hamburgo (Alemania). Profesor de Derecho Internacional Privado en posgrado (UBA, y Univ. Torcuato Di Tella). Miembro de los institutos de Derecho Comercial y la Empresa y de Derecho Internacional Privado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Autor de varios libros. Arbitro nacional e internacional. Ex consejero titular del LPD Council (IBA).

(1) La Ley de Defensa de la Competencia fue sancionada por el congreso con fecha mayo 9 de 2018 y publicada con fecha 15/5/2018 en el Boletín Oficial. Consta de 92 artículos y deroga en su art. 80 a las leyes 22.262, 25.156 y los arts. 65 a 69 del Título IV de la ley 26.993; asimismo elimina la referencia a la ley 25.156 dispuesta por los arts. 45 y 51 de la ley 26.993, lo que será comentado brevemente en este artículo, en atención a los problemas que durante más de 14 años causó en nuestra justicia la inexistencia de un tribunal nacional de defensa de la competencia creado por ley que nunca se constituyó.

(2) Art. 68 al que ya atribuye competencia para conocer del recurso previsto en el art. 66, Programa de clemencia.

(3) Arts. 74 y ss. donde resulta indispensable destacar que ese régimen provee colaborar con el Índice para la elaboración de programas de indicadores de comportamiento de los consumidores y su incidencia en los mercados y el art. 77 prevé que ante resoluciones administrativas que puedan afectar el régimen de competencia en sus respectivos mercados, se refiere al de las provincias, los entes estatales de regulación de servicios públicos deberán poner en conocimiento de la Secretaría de Comercio, previo al dictado de la regulación respectiva, y la resolución definitiva deberá

de la Competencia y la Secretaría de Comercio, concurrentemente, proyectarán un régimen de capacitación, programas de financiamiento de proyectos y de mejoras en la burocracia estatal y en la obra pública para mejorar los sistemas de defensa de la competencia, pero incluyendo la relación con los entes provinciales.

El tema del abuso de la posición dominante objeto de este trabajo está previsto en el art. 1º de la ley que al tratar el tema de los acuerdos y prácticas prohibidas(4), contribuyendo al debate sobre la caracterización y alcance al amparo del art. 42 de nuestra CN, teoría que algunos sostienen basados en dicho texto, minimizando el primer párrafo y el tercero del art. 42 que establece la obligación de legislar sobre la misma, mientras otros autores predicán que el abuso de la posición dominante es una variante del abuso de derecho elevado a paradigma desde la sanción del Cód. Civ. y Com. y otros concluyen que el dictado de la reciente ley 27.442 sobre Defensa de la Competencia permite aplicarle el régimen de tutela preventiva con inclusión de medidas cautelares sobre daños previstos en el Cód. Civ. y Com., porque el abuso de posición dominante es una especie del abuso de derecho y que así debe ser inter-

atender las consideraciones vertidas por la Secretaría. En su art. 87 la ley crea la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley Nacional de Fomento a la Competencia Minorista en el ámbito del Ministerio de Producción de la Nación, que tendrá como función a fin de garantizar las condiciones de libre competencia entre los establecimientos de consumo masivo y sus proveedores, bajo pautas específicas que provee la ley y en un plazo de 180 días contados desde su sanción.

(4) Incluye el abuso de posición dominante disponiendo que están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto imitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos. Y quedan comprendidas en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.

pretado, solución que no comparto y que considero opinable, porque la Ley de Defensa de la Competencia es una ley especial que busca tutelar al consumidor desde el ángulo del derecho de la competencia que es una norma de derecho público y especial que debe prevalecer sobre cualquier norma general, como la ley societaria lo es respecto del régimen de la persona jurídica, en el mismo Cód. Civ. y Com. Por otra parte, la definición del abuso de la posición dominante en el mercado, de modo que pueda producir perjuicio, muestra la diferencia, si alguna duda cupiese entre el abuso de derecho en un contrato, que si no produce perjuicio no genera acción alguna por la inexistencia de daño y la referencia al mercado que poco importa para caracterizar el abuso del Cód. Civil y el abuso de derecho de una posición dominante entre un abuso de derecho de la Ley de Defensa de la Competencia, que responde, a mi juicio, a otros criterios. Son de la misma familia pero tienen características propias y disímiles.

Esta doctrina tiene sus adeptos y hay quien sostiene (5) que el nuevo Cód. Civ. y Com., que recepta una acción preventiva de daños en su art. 10, permitiendo una acción de tutela complementada por el art. 1710 que consagra en el derecho de daños una función preventiva tendiente a evitar, disminuir o no agravar los daños, presenta cierta concordancia con el derecho de defensa de la competencia en materia de concentraciones, prohibiendo o condicionando aquellas que puedan presentar una restricción o distorsión a la competencia, perjudicando el interés económico general. En realidad, parece correcta esta afirmación pero solo en apariencia porque el derecho de daños es básicamente una institución de derecho privado, lo que el autor comparte, mientras que la defensa de la competencia es una institución de derecho público por la que atribuye al Estado, en forma exclusiva, el conocimiento de ciertos casos de abuso.

(5) TREVISAN, Pablo, "Acción preventiva de daños y defensa de la competencia", RCCyC, La Ley, abril de 2016, quien advierte que la nueva función del Código es que presenta en su art. 11 el abuso de posición dominante como una especie de abuso del derecho, concluyendo que el Código presenta una noción de derecho público, el derecho de defensa de la competencia, sin modificarla, pero agregándole los efectos jurídicos del derecho privado.

II. Análisis del articulado de la ley y la posición dominante

La ley tiene dos grandes capítulos que inciden en todo su desarrollo el Capítulo I, “De los acuerdos y prácticas prohibidas”, entre las cuales se encuentra el abuso de una posición dominante, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general y las prácticas absolutamente prohibidas del art. 2º y las prácticas restrictivas de la competencia del art. 3º cuya fuente no es ajena a las leyes europeas sobre defensa de la competencia seguidas de un Capítulo II, específico del abuso de la posición dominante, que nos interesa particularmente, y el Capítulo III de las concentraciones, que no son objeto de este trabajo, que requieren el consentimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, como lo requieren los sistemas europeos con una notificación que da comienzo a un proceso de investigación para autorizarla, condicionarla o rechazarla El Capítulo IV crea la Autoridad de Aplicación de Defensa de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico y en su órbita funciona el TNDF, la Secretaría de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, designándose al presidente del TNDC como presidente de la Autoridad de Aplicación, su representante legal y presidente, lo que indica claramente que, además de un doble carácter, el tribunal a través de su presidente tiene una función jerárquica y, finalmente, todos sus miembros serán elegidos por concurso público, lo que no ocurrió durante largos años, más de 15, bajo la ley anterior 25.156. Esto generó una jurisprudencia innecesaria cuestionando las decisiones de la CNDC, cuyos integrantes habían sido designados por el Poder Ejecutivo y, por ende, sus políticas seguían a las políticas oficiales del momento. Los restantes capítulos, procedimiento, sanciones, clemencia y daños y perjuicios, solo son mencionados en lo atinente al abuso de la posición dominante.

Retomando el tema del abuso de posición dominante mencionado en el Cód. Civ. y Com. y el novedoso art. 11 que se refiere al abuso de una posición dominante en derecho civil y comercial como una especie del abuso de derecho, tiene otra entidad frente al abuso de la posición dominante en el derecho antitrust. Es correcto señalar que el abuso de derecho legislado en el

Cód. Civ. y Com., al estar ubicado en el Código como principio general de derecho(6), como también ocurre con la buena fe y cuya naturaleza jurídica se basa en el viejo principio de no causar un daño a otro, adquiere una dimensión más trascendente con todas las consecuencias que ello importa, destacando, entre otros, que el ejercicio de un derecho subjetivo sin interés razonable o legítimo viene a generar un perjuicio a otros. Sin embargo, a mi juicio, ese derecho aunque a los fines académicos es posible admitir que tiene un fin similar al abuso de una posición dominante como la que está legislada en los arts. 1º a 6º de la ley 27.442, trata supuestos legislativos que son diferentes.

No se trata de una relación de género a especie, sino que el instituto del abuso de una posición dominante en el derecho de defensa de la competencia es una institución específica que resulta inescindible del concepto de mercado sobre el que trató un conocido civilista, el Dr. Ghersi, en su momento (7). Al considerar que el art. 11 es solo una especie del abuso de derecho se obvia que el abuso de derecho es un principio que afecta al derecho privado mientras que el abuso de posición dominante afecta el mercado que es una institución de derecho público considerada y que se encuentra en el derecho de la competencia y el segundo elemento calificante, específico y tipificante de interés público surge de la misma ley, en la cual el abuso de una posición dominante del derecho regulado por las normas antitrust es una institución que debe afectar el interés económico general y para Ghersi constituye un subsistema del régimen de economía capitalista de acumulación privada.

Por nuestra parte y con independencia de que concuerdo con la afirmación precedente del Dr. Ghersi, me interesa, a fines del presente,

(6) IANNELLO, Pablo, “El concepto de abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, LL del 3/3/2017, donde señala que en consonancia con prácticas jurídicas globales, tiene mecanismos de recomposición basados en principios de equidad con citas de doctrina francesa y antecedentes del *common law*.

(7) GHERSI, Carlos A., “El abuso de posición dominante en un mercado, art. 11 del Cód. Civ. y Com.”, LL del 15/4/016, que estudió el tema de su efecto en el mercado, la posición dominante de las empresas del mercado y sus efectos sobre los usuarios de servicios, es decir, los consumidores.

destacar que la afectación del interés general es capital para observar que nada tiene que ver el abuso de derecho del art. 10 del Cód. Civil con una institución de derecho público definida claramente por los arts. 5º y 6º de la ley 24.774 que lo determina, tipifica y condiciona a la existencia del abuso en la frase siguiente: “de modo que pueda resultar perjuicio para al interés económico general”. Este concepto es el que abordaremos durante este trabajo, lo que implica que solo consideraremos de la nueva ley todo aquello que se relaciona con la misma, En cambio, el abuso de derecho del Código requiere un ejercicio abusivo de un derecho concedido, y lo que invalida a ese derecho no es la existencia de un perjuicio al interés económico general, sino que el ejercicio abusivo de ese derecho privado descalifica al derecho mismo que las partes convinieron o consintieron, habilitando a la parte agraviada por el abuso a accionar contra la contra parte de esa relación privada, solicitando la reparación del daño que ese ejercicio abusivo le provoca y que el Código nuevo le brinda, fundando su reclamación en el sistema de responsabilidad por daños del Cód. Civ. y Com. Pero la jurisprudencia antigua de la Corte relativa a casos de interés privado consideraba no el abuso de un derecho sino el ejercicio abusivo de un derecho reprochable, descalificando así al derecho mismo, y privándolo de eficacia (8), como lo ha sostenido la jurisprudencia de la misma Corte Suprema.

El derecho pactado es válido como fue pactado pero queda desvirtuado por un ejercicio abusivo irrazonable que causa un perjuicio deliberado a su contraparte, mientras que el abuso de una posición dominante en el derecho antitrust o de defensa de la competencia es *per se* ilegítimo, susceptible de causar un perjuicio económico general, nulo *ab initio*, como lo prevé el art. 2º y el 3º de la ley que, además, tipifican las conductas que es necesario acreditar para que el Tribunal de Defensa de la Competencia así lo declare. En otras palabras, para acreditar el abuso, todas las prácticas prohibi-

das o restrictivas son las que deben verificarse a los fines de determinar el abuso. Esas conductas tienen que ver con el mercado y la actuación ilegítima del actor de esas conductas, que se requiere comprobar para establecer la existencia de posición dominante en primer lugar, a saber:

a) el grado en que el bien o servicio de que se trate sea sustituible, por otros, ya sean de origen nacional o extranjero, las condiciones de la sustitución y el tiempo requerido para la misma.

b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes en el mercado de que se trate.

c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir, el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

En cambio, las referencias del abuso de derecho se relacionan con la existencia de derechos contractuales y conductas privadas, que deben sí ser probadas y aceptadas por la contraparte o declaradas por un juez, y sus causales no están tipificadas ni especificadas, no basta que un particular le impute a su contraparte dicha conducta sino que el tribunal verifique si hubo un ejercicio abusivo de ese derecho, que dependerá de una investigación fáctica y cuando la declare establezca la condena en el mismo caso, ya que la acción persigue una condena de daños como objetivo final del demandante, en forma directa, ante el mismo juez, mientras que el régimen del abuso de la posición dominante en el derecho de la competencia debe ser determinado por un TNDC, tribunal especial, como condición necesaria para ejercer el derecho a reclamar daños y perjuicios ante otro fuero y magistrado.

Así, los términos de la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en el Capítulo IX de la ley permiten la aplicación de la legislación común según lo prevé el art. 62 de la ley y esa acción no se deduce ante el Tribunal de Defensa de la Competencia sino ante juez competente que por el momento será el juez de primera instancia en lo civil y comercial.

En el derecho de la competencia lo importante es declarar el cese del abuso y la impo-

(8) CS, caso “Automotores Saavedra c. Fiat SA”, LL 1989-D-4, reiterado en “Cher Hasso c. Seven Up y otro”, DJA 1992-1072, donde sentó la doctrina que no era abusivo ejercitar una cláusula contractual para decidir la rescisión unilateral de un contrato que estuvo en vigencia más de 10 años dado que nadie se obliga para siempre.

sición de una multa o penalidad. Y su incumplimiento tiene sanciones severísimas desconocidas en el derecho común. A esos efectos la ley dispone un procedimiento diferente para la ejecución de la sentencia, ya que se establece otorgarle el trámite de la acción sumarísima establecida en el Capítulo II del Título III, de Libro Segundo del Cód. Civ. y Com. (9) que tramitará ante un juez competente, de acuerdo con dicho Código y que por el motivo actuará como un tribunal de ejecución de una sentencia que no puede alterar, ya que el juez al resolver la reparación debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo la aplicación de la ley 27.442.

Por otra parte, el incumplimiento de las normas de la ley, a instancias del damnificado, hace pasibles a las personas que la incumplen de una multa civil (10) a favor del damnificado en función de la gravedad del hecho por el juez competente. Dada la ubicación del art. 63 esa multa civil se aplica a todo aquel que incumpla la presente ley, por lo que cabe argüir que el incumplimiento de la sentencia dictada por juez competente parecería estar alcanzada por esta sanción. Sin embargo, ello no es claro, porque en primer lugar al incumplir con la presente ley parece incluir a la sentencia dictada por juez competente, pero previamente esa sentencia debe encontrarse firme para que su incumpli-

(9) Art. 63 de la ley 27.442 y el juez competente según la legislación civil, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios previstos en el cap. IX de la ley deberá fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin poder apartarse del mismo.

(10) Art. 64 ley 27.442. Esa multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, previamente establecidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan, pero no podrá exceder del 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, que a su vez no podrá exceder del 30% del volumen consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, o hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.

miento pueda generar la aplicación de la multa civil, ya que no podría dictar el juez competente aplicar la multa civil sin contar con la autoridad de la cosa juzgada como condición para su cumplimiento y para generar la multa civil y este tema debiera aclararse en la reglamentación, es decir, que en esa inteligencia el juez competente puede no ser el mismo que dictó la sentencia, si se presenta por el damnificado y se abre un recurso extraordinario respecto de la misma.

Con independencia, si el damnificado solicita la aplicación de la multa civil que no se aplica de oficio, la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia ordenará no solo el cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II (abuso de la posición dominante) y, en su caso, la remoción de sus efectos, pero, además, le impondrán una multa a los que fueran encontrados pasibles del abuso de una posición dominante.

La ley es draconiana ya que además establece que cuando se verifique actos que constituyan abuso de posición dominante, el tribunal podrá imponer condiciones que apunte a corregir efectos distorsivos o *solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas* (11). Por otra parte, el art. 58 extiende los efectos de las infracciones de una persona jurídica en forma solidaria a directores gerentes, administradores síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica (12).

Las normas transcritas en la nota merecen un estudio de su constitucionalidad, en cuanto prevén una amplitud desmesurada ya que la expresión representantes legales se debe referir a aquellas personas societarias que ostentan ese carácter y no a quien se le encarga una defensa como representante legal y mandatario en virtud de un poder que le otorga la representación

(11) Art. 55, inc. c) de la ley 27.442.

(12) Art. 58 establece que la multa se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dichas personas jurídicas, que por su acción u omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

de la sociedad, e intranquilizará a contadores o síndicos que deban opinar sobre el balance societario por cuanto pueden haber omitido los deberes de control, supervisión o vigilancia o haber contribuido, atentado o permitido o ignorado por omisión, la comisión de la infracción, o el debido control por los miembros de la comisión de vigilancia, que sí tienen funciones de control específicas, por lo que es probable que muchos profesionales sean reticentes en asumir cargos societarios remunerados en directorios o en consejos de vigilancia y los auditores deberán extremar las notas de balance remarcando contingencias eventuales ocasionadas en conductas societarias, así como los profesionales que den opinión a favor de conductas prohibidas, cuando la caracterización de dichas conductas es tema opinable, porque ¿con qué criterio opinarán en ciertas circunstancias como la caracterización de las causales del art. 6º, cuando el directorio requiera de sus asesores internos y externos una opinión asertiva en esa materia?

A mi juicio el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Secretaría a cargo de la instrucción de conductas anticompetitivas deberán extremar la prudencia en el manejo de estos parámetros tan amplios que inciden sobre las actividades profesionales estableciendo obligaciones que pueden dar lugar a actuaciones colegiadas profesionales, por la entidad de las mismas y que afectan en alguna medida la actividad profesional ciertamente riesgosa que implica opinar sobre si ciertas conductas constituyen actos de abuso de posición dominante, que es lo que interesa a un directorio, a un gerente o a los accionistas, encareciendo, por otra parte, a mi modo de ver y como efecto no querido, la prestación de servicios profesionales en las condiciones que la ley ya ha establecido y que la reglamentación deberá paliar en alguna medida, a menos que el mismo tribunal, en su caso, lo que dudo, establezca pautas en la práctica, a pedido de los consejos profesionales, estableciendo disposiciones aclaratorias y sus atenuantes. Ciertamente no era el objeto inicial del trabajo, pero por su incidencia he preferido extenderme en el tema para que tanto la Autoridad de Aplicación de la ley y los eventuales afectados establezcan o concierten parámetros adecuados.

Todo lo que antecede constituye un régimen que por su complejidad y el alcance de multas

y sanciones que prevé nada tiene que ver con el abuso del derecho, institución de derecho privado que no otorga competencia para establecer sanciones del tipo comentado anteriormente y me permiten convencerme de que este régimen de carácter penal, como es el establecimiento de multas cuantiosas, con efectos agravados por su reiteración constituyen un régimen de derecho público ajeno a toda norma de abuso de derecho según el Cód. Civ. y Com., y que claramente no es una subcategoría del régimen general de abuso del derecho, sino que tiene entidad propia.

Tomemos alguna sanción como la liquidación de una empresa o la obligación de deshacerse activos societarios para tener en cuenta, la vastedad de los recursos que la ley confía al juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, además de las ya apuntadas diferencias, y en particular que el juez competente, que no puede cambiar los fundamentos de la decisión ni los hechos en que se fundó tal decisión, por lo que sus funciones judiciales con la salvedad del art. 55, inc. c), en la que debe autorizar, el pedido del tribunal respecto de si las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas, menuda tarea, para quien no puede revisar los fundamentos de las sanciones que de adoptarse, harán de la multa civil un tema menor ya que tendrá que disponer temas de mayor envergadura, quedando la cuantía del daño postergada por la entidad de las otras sanciones, tanto en montos como en la actuación relativa a autorizar la disolución y liquidación de la sociedad, y si la sanción del tribunal fuera aplicable pueden dificultar o, al menos, obstaculizar la determinación de un daño punitivo en las circunstancias antedichas, que hagan imposible graduar o fútil graduar la entidad del daño, que se rige, por el derecho común en el art. 62, en cuanto a la reparación integral, al daño moral, o a la personalidad, etc., cuando la sociedad puede ser borrada de un plumazo, incluso morigerando por el régimen de clemencia para el denunciante y los que se acojan al mismo, tema que deberá solucionar aparentemente el juez competente de la ejecución de la sentencia firme del tribunal, y que en esta materia implicará una contradicción entre el régimen de esta ley en materia de daños, ya que no es posible en un procedimiento de ejecución de sentencia sumarisimo se le agregue

la determinación de chances perdidas que requieren abrir a prueba su cuantía y que son tratados generalmente en un procedimiento ordinario, teniendo en cuenta el art. 65 de la ley que permite reducir por el programa de clemencia la responsabilidad por daños y perjuicios para quienes se acojan al mismo. Esto requerirá de aclaraciones, resoluciones o normas adicionales que aclaren estos puntos que surgen de la simple lectura de las normas, que deberán ser conciliadas en el futuro.

III. La constitucionalidad de las normas sobre defensa de la competencia. El perjuicio al interés económico general

Las normas de la defensa de la competencia tienen sustento constitucional en el art. 42 de nuestra Constitución que establecen que: a) las autoridades proveerán a la protección de (los derechos de los consumidores y usuarios) a la educación para el consumo, *a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales... y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios* y b) la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional *previando la necesaria participación de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*(13).

De todo ello se advierte que la protección de los derechos que la legislación debe prevenir se refiere tanto a los conflictos con consumidores como los que surjan por la defensa de la competencia tutelando los intereses de ambos que están íntimamente relacionados con la protección del interés económico general que desde la sanción de la ley 22.262, la ley 23.393 que la modificó, seguida por la ley 25.156, y culminando con la actual ley 27.442 que consagraron la protección de ese interés general económico como rasgo distintivo de las leyes de defensa de la competencia y disponen sobre el abuso

(13) Es interesante destacar que la primera parte del art. 42 establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trabajo equitativo y digno.

de la posición dominante, materia de nuestras reflexiones.

Al respecto es necesario abordar el tema, a mi juicio, teniendo en cuenta que la posición dominante no está penada en las leyes antitrust, no existen acciones para evitarlas, y el establecimiento de una posición dominante no es un mal, es la consagración del éxito de una empresa. Ni el Estado tiene acciones, ni los particulares pueden prevalecerse de disposición alguna de dicha ley para pedir tutela o cautelares para evitar que alguien descolle en la gestión de su empresa o para tratar de evitar que alguien con base en su mérito sea premiado por haber sido la empresa del año y haber alcanzado acá y en cualquier lugar del mundo civilizado esa distinción, sin que neguemos que la reforma de la constitución histórica de 1853/60, en 1994, importó una ampliación importante de los principios tutelados mirados no solo desde el ángulo de los derechos individuales sino incorporando los derechos sociales (14).

Advirtamos que nuestra constitución ensalza el derecho que no puede ser modificarlo o desvirtuado por las leyes que reglamenten su ejercicio del derecho de trabajar de ejercer toda industria lícita y del derecho de propiedad, y esos derechos pareciera que quedan olvidados por que la reforma de 1994 no los puede alterar, solo lo ha complementado con otros.

(14) Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución Nacional concordada y comentada*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2017, t. 1, quien puntualiza que la concepción demoliberal protegía los derechos a la propiedad y la libertad contractual como dos pilares fundamentales consagrados constitucionalmente; el primero, en forma expresa y los segundos, en forma implícita al tutelar los derechos de comerciar, de trabajar, de ejercer toda industria lícita en el art. 14 de la CN que resultaba luego diseminados en los Códigos Civiles y Comerciales y solo atenuado por el art. 67, inc. 16, hoy art. 75, inc. 18, que interpretada con amplitud y llamada cláusula de progreso permitía el poder de policía del bienestar para instituir un equilibrio normativo entre las garantías de la propiedad y el bienestar general a proveer por el Estado. Ob. cit., art. 42, ps. 580 y 581, donde señala la textura constitucional de los derechos de usuarios y consumidores, indicando que la Ley de Defensa de la Competencia constituye uno de los instrumentos de protección de los usuarios y consumidores y esa es su finalidad inmediata.

Ningún juez tiene derecho de oficio o por pedido de parte de hacer cesar la posición dominante que tiene una empresa como Arcor, la principal empresa argentina en su rubro y una de las pocas empresas argentinas que figuran entre las primeras 20 empresas latinoamericanas más exitosas. Arcor provoca envidia de aquellos que no han llegado a su altura empresarial y el derecho no tiene nada que reprocharle ni tampoco el Estado por vía de sus reguladores en materia de la competencia, por tener esa posición, pero el mismo derecho penaliza el ejercicio abusivo de esa posición, en materia en las condiciones que establece y triplica el derecho antitrust⁽¹⁵⁾. Ahí terminan todas las comparaciones en las tres categorías en que se tipifica el abuso de posición dominante, que están condicionadas a una nueva calificación, que ese abuso pueda producir un perjuicio al interés económico general, norma que no tienen las normas europeas, ni individualmente sancionaron en su territorio interno los países miembros de la EU.

Por ende, se ha creado una autoridad administrativa para evaluar las condiciones bajo las cuales el interés económico general queda afectado. El Tribunal de Defensa de la Competencia, quien tiene por ley esa legitimidad y que no puede ser ejercida por ningún otra autoridad administrativa y la decisión puede ser revisada solamente por los jueces federales en lo contencioso administrativo de modo que cualquier reclamo que un consumidor, a título individual denuncie el abuso o una entidad civil lo asuma, arrojándose una representación colectiva, respecto de la cual y en ausencia de una ley que regule el mandato constitucional incumplido, la Corte no ha vacilado en admitir su legitimación⁽¹⁶⁾, ha sostenido que a la Corte

(15) Con GELLI, *Constitución Nacional...*, cit., que señala que los propósitos mediatos de la Ley de Defensa de la Competencia es que los productos y servicios se formen por el libre juego de la oferta y la demanda, que los oferentes o demandantes no distorsionen ese juego y si alguno de ellos está en una posición dominante, si goza de un monopolio natural o legal, *no abuse de esa situación*.

(16) Caso "Padex c. Swiss Medical". Anulando disposiciones abusivas y mandando a fallar nuevamente "Padex c. Banco Santander" dejando sin efecto cláusulas observadas, siguiendo la doctrina del caso "Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873", permitiendo en las acciones

no le corresponde pronunciarse sobre las acciones de clase porque es el Congreso que por ley debe decidirlo. La Autoridad de Aplicación de la ley 27.442, hasta ahora no ha tenido facultades para iniciar una acción preventiva de daños o dictar por sí y ante sí, dictando medidas precautorias, por la simple razón de que nuevamente no está constituida.

Los pedidos de clemencia bajo la nueva ley deben ser reglamentados y la Comisión redactora ha circulado un proyecto reglamentario cumplimentando no solo el art. 60 de la ley 27.442 incs. a), b) y c), permitiendo el acogimiento al beneficio de clemencia y la consiguiente reducción de multas y penalidades. Todo el régimen de la ley tiene un trámite específico que obedece a normas de orden público especiales, que se categorizan como norma especial frente a contenidos generales, dado lo específico de la materia, pero que por ahora existen en el papel, hasta tanto se implementen.

Antes de la sanción de la nueva ley, la doctrina había precisado⁽¹⁷⁾ la posición dominante, bajo la ley antecesora como una situación fáctica jurídica-objetiva, materializada cuando una persona, para un determinado producto o servicio es la única adquirente o no tiene competencia substancial de ese bien o servicio, motivo por el cual la calidad o las características y/o el precio del suministro, no son fijadas en condiciones de libre competencia señalando que distorsiona la libre competencia, restringe el derecho de trabajo y a ejercer el comercio o profesión y afecta el derecho de propiedad de los competidores y hasta de los proveedores, sin contar con los usuarios y consumidores.

No comparto la teoría del autor citado, ya que no es lo que dice el texto de la Constitución, que no distingue conceptualmente la diferencia entre la posición dominante y el abuso de la misma, permite sostener que no basta sos-

individuales el recurso del amparo fundado en razones constitucionales como la protección del derecho a la intimidad y a la privacidad.

(17) LOWERNROSEN, Flavio I. sostiene que la posición dominante es mala por sí misma y deduce que el art. 42 de la CN combate la existencia de posiciones monopólicas, por lo que concluye que la posición dominante es opuesta al espíritu constitucional.

tener la existencia de una conducta abusiva, sino acreditar en qué situación tiene lugar que dependerá de un juicio de valor sobre hechos acreditados, aunque esa interpretación puede desprenderse *a contrario sensu* de la ley actual (18), que solo prohíbe el ejercicio abusivo y este se encuadra en los supuestos previsto en el art. 6º, incs. a), b), c) y d) de la ley, pero no objeto a la posición dominante, que debe ser ejercida con prudencia y discreción (19). Sin perjuicio de compartir la opinión de Molina Sandoval de la dificultad de precisar todos los criterios que influyen para su configuración, creo que el art. 29 citado nos trae tres indicios: a) la reglamentación que se dicte, b) la decisión fundada y la sana discreción del tribunal sobre si existe perjuicio, permitiendo adelantar criterio al respecto, para autorizar contratos arreglos o convenios incluyendo prácticas restrictivas del art. 2º que no afectan el interés general económico, por lo que anticipo que será el vehículo más usado sortear el tema y sobre todo para los profesionales para evitar sanciones solidarias personales por falta de celo profesional.

El segundo tema importante que motiva estas reflexiones tiene que ver con la condición de que el abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, requerirá de precisar quiénes son los beneficiarios de ese interés económico general, que bajo las

(18) El art. 29 de la ley dispone: "El TNDC, de conformidad con lo que establezca la reglamentación podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art. 2º de la presente, que a la sana discreción del tribunal no constituyen perjuicio para el interés económico general".

(19) Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Abuso de posición dominante", RDCO del 21/2/2018, citando a Porter, quien manifiesta que la posición dominante es una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite a la misma evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriendo la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva de los consumidores. Ob. cit., p. 9, observando que la posición dominante puede ser unilateral o bilateral, sin que en el último supuesto quede subsumido en la figura de acuerdos colusivos, ya que la falta de competencia entre un conjunto de empresas puede deberse a razones no imputables a ellas.

leyes anteriores nunca recibió un calificación precisa, pero de sus antecedentes permite afirmar que el tribunal tiene el poder de precisarlo en el interés de la comunidad y pronunciarse si existe competencia en el mercado y que el abuso de la posición dominante, como está previsto, deja siempre a una persona jurídica o humana en esa posición de privilegio sobre el resto de sus competidores y generalmente su conducta causa perjuicio a los consumidores, ya que los precios no surgen de la mecánica del mercado sino de la necesidad o el ánimo lucro del conductor de la posición dominante en el mercado.

Al respecto, el Dr. Gherzi sostenía que el mercado como sistema es una construcción donde los productores de bienes y servicios consolidan su posición constantemente y los otros agentes económicos (trabajadores y consumidores) son agentes pasivos o semipasivos, porque las asociaciones de usuarios y consumidores en nuestro país han asumido un rol beligerante adquiriendo legitimación para accionar por los consumidores. Esa construcción no es neutra bien puntualiza Gherzi (20), pero es objetable porque en nuestro país los trabajadores a través de sus sindicatos han promovido acciones de defensa de la competencia en resguardo de supuestos intereses propios (21) en temas que no le incumbían, y los consumidores han provocado múltiples acciones de todo tipo en particular objetando la validez de las decisiones de la Comisión de Defensa de la Competencia, creada como organismo de consulta y de investigación ante la falencia durante más de 14 años de crear un tribunal nacional de defensa de la competencia como lo hace finalmente la

(20) GHERZI, Carlos A., "El abuso...", cit., p. 2.

(21) Ver la decisión de CNFed. Civ. y Com., sala II, "Asociación de Anestesia Analgésica s/recurso de queja", expte. CND 801-03406872011. El recurso se interpuso contra resoluciones 14 y 15 de la CNDC. La denuncia original la hizo el Sindicato del Personal de Edificios de Renta y Propiedad Horizontal (OSPERYN) por abuso de posición dominante que obstaculizaba la libre contratación de anestesistas y el funcionamiento del sistema de salud. La conexión no me resulta clara. La Cámara basada en la opinión del procurador del tesoro en autos "Asociación de Anestésistas c. Coca Cola Polar Argentina s/ley 25.616", C.683.XLIX del 21/2/2014, desestimó el recurso intentado *in limine* por la asociación.

ley 27.442 (22). Ello dio lugar a numerosos recursos de queja ante decisiones de la comisión (CNDC), que rechazaron pedidos de nulidad, de prescripciones y de multitud de otras decisiones, con base en que carecía de competencia por no estar constituido el TNDC y ello determinaba de oficio, la nulidad de todas sus decisiones por la que se arrogaba competencias judiciales (23).

(22) Así CCiv. y Com. Bahía Blanca, 12/6/2013, “Freserius Medical Care recurso de queja por denegación de apelación contra la resolución de la CNDC por conductas prohibidas por actos previstos en los arts. 1º, 2º y 5º de la ley 25.156, comparables con los arts. 12 y 6º de la ley actual”. La Cámara señaló que a 14 años de dictada la ley 25.156 no se constituyó el TNDC, cuyos miembros debían ser nombrados por concurso público subsistiendo la CNDC y vigente la estructura de la vieja ley 22.262. La Cámara dispuso hacer lugar a la queja librando oficio a la CNDC y conceder el recurso con efecto devolutivo requiriendo se informe si resolvió el planteo de prescripción, con fecha 20/3/2017. Caso expte. CPE 680, 2014, orden 29078, tarjetas pre y post pagos. Telecom fue acusada por bloquear líneas telefónicas arguyendo una resolución de la Sec. de Comunicaciones. La Cámara llegó a la conclusión de que el bloqueo terminó el 4/5/2006, el plazo de prescripción era de 5 años y durante ese plazo no se interrumpió y no corresponde la aplicación del Cód. Penal, que excluye el art. 67 del Código. Por lo que se ordenó la revocación de la res. 129/2013, declaró extinguida la acción penal por prescripción con costas al Estado Nacional.

(23) Dos fallos muy importantes son la solución del recurso de queja de Loma Negra, al cual se le adhirieron Cemento San Martín, Juan Minetti, Petroquímica Comodoro Rivadavia y la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland. Las multas fueron pagadas tardíamente y la CNDC reclamó intereses de mora por pago tardío. Las multas quedaron firmes y fueron confirmadas por res. 536/2008 por la sala B, res. SCT nro. 124. Loma Negra dijo que la decisión de la comisión era inconstitucional por no haber sido dictadas por el TNDC que no fue constituido y el asunto fue resuelto declarando que la decisión de la CNDC era nula de nulidad absoluta e insanable. Citando jurisprudencia de la Corte Suprema, en función de que la competencia es un atributo de una decisión administrativa o judicial válida. Circunstancias que no se dan en la causa.

Del mismo modo se resolvió por la Cámara de Comodoro Rivadavia en autos “General Motors Argentina”, el 16/12/2014, donde GMA al que adhirieron Citroën Renault dedujo recurso de apelación contra res. 66/2014 y 58 de la CNDC que había rechazado el planteo de nulidad, mientras que la CNDC afirmó que la decisión no estaba firme por haber sido deducido un recurso extraordinario y continuó el procedimiento. La Cámara recordó con cita de fallos de la Corte que el recurso extraordinario no suspende ningún procedimiento y que las resoluciones

Los europeos, a quien hemos seguido en este tema, desde la primera ley y en particular en materia de restricciones verticales a la competencia han establecido que quien deventa más de un 30% de un mercado relevante no se le aplica el régimen de permiso previo para sus contratos y está sujetos a revisión de sus actos y conductas especialmente, mientras que las empresas o grupos que tienen menos de la cifra mágica no necesitan solicitar la revisión de sus prácticas y actos a la Comisión antitrust europea. El Estado no es neutro, es justamente quien conforma y define el interés general, pero su decisión, además de ser jurídica, debe velar por el interés del consumidor y del usuario en primer lugar, es esencialmente política. Justamente nuestro autor citado en la nota sostiene que generalmente opera con el sector empresario, añadiendo que para algunos por la esencia de su creación y para otros evitando una catástrofe mayor, por ej.: por ajuste de tarifas, desconfiando que actúe por los trabajadores o el hecho de que deba actuar por los consumidores implica una concesión fragmentaria. Nuevamente me permito disentir, los trabajadores están representados por sus sindicatos que intervienen activamente en defensa de sus intereses sobre las políticas del Estado y a veces la condicionan como es de público y notorio y por otra parte los consumidores son directamente beneficiarios del régimen de defensa de la competencia, ya que sería inaudito que este no contemplara si el abuso de posición dominante perjudica o no a los consumidores y estos son los beneficiarios en gran medida del interés económico general, quien es arbitrado por el Estado en la actualidad por la Comisión de Defensa de la Competencia, que tenía bien poca, debido a la fragilidad de su situación jurídica que recibió múltiples ob-

sobre nulidad no son de la competencia de la CNDC, sino del secretario ministerial nombrado por el ministro de Economía, en el caso la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto se nombrara el TNDC y que las sentencias de la Corte que resuelven un caso obligan a las autoridades administrativas o judiciales a resolver casos análogos en las mismas condiciones para evitar dispendios jurisdiccionales. Fallos 307:1094, 312:2007, entre otros. Por eso, decidió que la resolución de la CNDC es esencial, la nulidad de la misma absoluta y debe ser declarada de oficio rechazando la nulidad y todos los actos que dependen de ello y sus consecuencias, ante la falta de decisión del secretario de Comercio.

jeciones constitucionales por no haberse respetado en su momento y hasta el presente el llamado a concurso público que prevé la nueva ley para la designación de sus miembros (24), incluso confirmadas la Corte Suprema en algunos casos.

IV. Algunas consideraciones sobre la génesis del problema económico y del manejo empresarial frente a la nueva ley

Existen otras razones que justifican la protección del consumidor y que el único que puede intervenir es el Estado por las siguientes razones:

a) En las economías de los mercados competitivos es un valor aceptado que el proveedor no puede cargar al precio sino el costo del valor de su producción incluyendo una ganancia razonable para poder ser competitivo.

b) Esto determina que sus precios se establecen en función de la competencia, pero también que los consumidores racionales y bien informados determinan una respuesta contundente frente a variación de precios que no responda a esos patrones.

(24) Un caso muy especial fue el de “Google Inc. c. Estado Nacional s/apelación” a resolución de la CNDC. Principalmente por mantener en reserva por más de un año una investigación sobre Google y haber tomado medidas de prueba de sus competidores en audiencias, sin darle intervención al presunto imputado coartando su derecho de defensa. Se planteó que la resolución de la CNDC debía ser revocada porque no tenía competencia para resolver el tema y que solo podía resolverse por el secretario de Comercio Interior, quien ocupaba las funciones del TNDF, por imperio de la ley 26.993 que le atribuyó las facultades del inexistente TNDC. La CNDF interpretó que la investigación y la prueba que tomó en audiencias a competidores de Google sin notificar a esta última se asimilaban a una diligencia preliminar, para reunir evidencia para la investigación, facultad que sí tenía. Asimismo, que el traslado que le dio a Google de la res. 66 denegando la apelación estaba fundado y que el planteo era abstracto, por no ser una resolución definitiva.

La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial tomó una actitud diferente de toda la jurisprudencia y evitó pronunciarse sobre la violación de la defensa en juicio y el rechazo de la denegación de la apelación sobre la base de que no existía resolución previa de la Secretaría de Comercio Interior. Resolvió conceder un plazo para que decidiera como órgano competente el planteo de Google, conforme a la ley sin costas.

c) Ello determina que los consumidores que vigilan los precios desde el punto de vista de la demanda y los proveedores que buscan desde las ofertas maximizar sus precios en un mercado transparente encuentran el mejor precio de equilibrio y las intervenciones estatales en ese mercado probablemente reduzca el beneficio de los consumidores.

d) Mientras se mantuvo el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en toda nación donde los precios eran resultado de un equilibrio cuasi pactado, el mercado era soberano.

Empero esa situación que reflejaba en Europa la posición del Estado francés o el austriaco basado en una política que se llama hoy de contenido liberal y que morigeraba la aplicación restrictiva de la lesión enorme fue desplazada por la escuela alemana que convulsiónó al sistema fijando un sistema flexible sobre el principio de la autonomía de la voluntad mediante la aplicación de dos criterios: un recaudo objetivo la grosera disparidad entre el costo y el precio como factor de corrección y un factor subjetivo las circunstancias que impiden al consumidor un ejercicio libre y racional en su voluntad (25). La aplicación de ambos criterios no permite mantener el virtuoso equilibrio y obligan a una de las partes a no contratar o requerir al juez su modificación, como lo permiten las legislaciones alemana portuguesa, española y holandesa y el Cód. Civil suizo modificando su legislación interna solo en su jurisdicción la directiva 93/13 de la UE sobre términos injustos en contratos de consumo, que no permitían al consumidor, como nuestra ley, impugnar la relación entre el precio fijado por el producto o servicio y su remuneración, con la siguiente salvedad: *a condición de que los términos del precio estén fijados de manera clara y en lenguaje entendible, criterio basado en que si el precio está entendido por un consumidor promedio es que está sujeto a la competencia y no hay necesidad de control judicial.*

(25) Prof. PICHONNAZ, Pascal, Universidad de Friburgo, Suiza, “Presentación de informe preliminar sobre el control de los precios y sus términos de referencia”, conjunto con la prof. Yesim ATANER, Universidad de Bilgi, Estambul, Friburgo, septiembre de 2017.

Pero esa presunción quedó desvirtuada en el tiempo por su excesivo optimismo. En su informe presentado posteriormente a la Academia de Derecho Comparado el 2 de julio de 2018, Atamer y Pichonnaz sostuvieron que los actos de los consumidores están afectados por otros criterios (26).

En nuestro país los consumidores muchas veces pagan precios superiores por otras razones para tener un producto o servicio deseado, los mercados en nuestro país distan de ser transparentes, y en tercer lugar existe un sector gris de la economía que produce a otros precios que se beneficia con la venta en condiciones ilegales sin factura y en efectivo. Por estas consideraciones que no necesito abundar para los lectores argentinos estimo, entonces, que el interés económico general comprende hacer una verificación sobre los fijadores locales de precios, cuidando el interés económico general y los intereses de los consumidores y del Estado, que administra el sistema. La composición de esos intereses no es sencillo, aunque los economistas lo reducen a fórmulas algebraicas, explicadas velozmente, al menos para los profanos, y de ahí que los porcentajes de mercado nunca fueron del agrado del legislador que prefirió dejar librado la aplicación del interés económico general del precio de mercado, a su determinación por la autoridad de defensa de la competencia de turno, que como vino en la ley actual tendrá que ejercer fundadamente su sana discrecionalidad, que interpreto resulta de la composición de los diferentes intereses en juego y del interés estatal de fiscalizar las conductas de los actores del mercado.

Pero no está de más reiterar que el llegar a la posición dominante no implica ejercer actos ilícitos sino ajustar mediante innovaciones, inversiones y ahorro de costos o asunción de nuevas tecnologías lograr producir un producto o pres-

tar un servicio a un precio a menor costo que el de la competencia y esto debe ser reconocido y estimulado porque a igualdad de precios con la competencia o disminuyendo su ganancia el innovador se beneficia y este sistema es el que el Estado utiliza en el despacho de las generadoras eléctricas que compiten entre sí en función de sus costos, pero el precio de cada unidad de energía que se oferta diariamente para cubrir la cantidad de electricidad que demanda y que necesita el sistema por día (porque la electricidad no se puede almacenar), la fija el precio de la última máquina que entra al despacho que es la más ineficiente, de modo que con ese precio el más eficiente cubre sus costos y hace una ganancia se beneficia, maravilloso sistema inventado por ingenieros argentinos que luego fue desvirtuado por gobiernos con fines políticos que congelaron las inversiones, fijando tarifas políticas no técnicas que desdibujaron el sistema y los precios, situación que estamos pagando estos días.

El tema es muy sencillo al virtuoso emprendedor si morigera el deseo de ganar más, solo le basta, mantener el mismo precio de la competencia y ganar así más dinero sin establecer una posición dominante. Esto el ABC de un negocio pero si la ambición puede más, solo debe reducir su margen de ganancia y bajar más el precio para descollar, si tiene margen para hacerlo sobre sus costos, ya que vender por debajo de sus costos constituye una práctica restrictiva de la competencia (27).y su solo argumento de defensa y no menor es que su actitud beneficia al consumidor, tema que debe poder evaluar el TNDC o quien haga sus veces, como se estila en la UE; por eso los europeos permiten al menos por un tiempo que el innovador pueda quedar librado a establecer, incluso, precios más altos si con ello el consumidor se beneficia con un mejor producto y luego por volumen alcanza la misma rentabilidad que el más ineficiente pierde. La ley nueva ha asumido que ese empre-

(26) El informe suscripto por los citados autores será publicado junto con otros temas presentados en una publicación de la Academia que se aprecia demorará unos meses más, ya que abarca temas variados, pero en esta materia ellos señalaron que la voluntad del consumidor está basada en una imperfecta racionalidad debida a prejuicios sistemáticos, en segundo lugar, que los mercados no son siempre completamente transparentes y que, finalmente, una apatía racional lleva a los consumidores a no elegir el mejor precio del mercado.

(27) Ver art. 3º d, impedir dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en el mercado y el inc. k, enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos o costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.

sario adquiere siempre la posición dominante en el mercado porque, claro, vende a menor precio, que los competidores no pueden igualar y los consumidores argentinos en tiempos de carestía están muy atentos a las variaciones de precio, de ahí que si reduce pero sin hacer desaparecer a la competencia y beneficia al consumidor el tema parece resuelto y el TNDC tiene otros temas más acuciantes de que ocuparse y solo vigilará si nuestro emprendedor decide eliminar a la competencia e incurre en prácticas que la ley no deja pasar por alto y que pueden constituir un abuso de posición dominante si la relación entre sus costos y sus precios arroja un promedio irrazonable, fácil de verificar por el tribunal de defensa de la competencia.

Esta relación entre oferta y demanda ha sido abordada ya hace bastante tiempo en un breve trabajo de Andrea Mac Donald publicado por la editorial El dial.com (28), cuya lectura también recomiendo.

V. Conclusiones

1) La nueva Ley de Defensa de la Competencia constituye un avance importante sobre su antecesora la ley 25.156 que derogó y que no solo ha legislado en forma precisa sobre la defensa de la competencia, incluyendo el abuso de la posición dominante en sus Capítulos I y II sino que ha tomado una actitud pro activa previendo la sanción de una norma de promoción de la competencia que surja del esfuerzo concurrente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Secretaría de Comercio.

2) La Constitución Nacional en su art. 42 incorpora el derecho a una defensa de la competencia y ordena que el congreso provea la legislación pertinente siempre en función de la protección del consumidor y del usuario, pero además contempla supuestos de actos y conductas prohibidas que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan un abuso de una posición dominante de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

3) En lo que se refiere al tema en análisis el Capítulo II, arts. 5° y 6° definen cuándo una persona goza de una posición dominante adoptando el criterio de la ley anterior: único oferente o cuando no está sujeto a una competencia sustancial o cuándo por el grado de integración vertical o horizontal pueda determinar la viabilidad de un competidor. Al respecto mi posición es que alcanzar una posición dominante no es mala ni está penada y está compartida por la doctrina.

4) En cambio el art. 6° establece que debe analizarse para establecer la posición dominante en un mercado mediante el análisis del grado en que el bien o servicio es sustituible por otros nacionales o extranjeros lo que trae a colación la apertura de la importaciones paralelas que hoy usa la Rusia de Putin para domeñar los precios domésticos, y nuestra ley requiere las condiciones de sustitución y el tiempo requerido, o sea, precio y forma de pago y como se ingresa al país rápidamente, salvando el grado de normativa que limite el acceso de productos o servicios al mercado de que se trate y el grado en que el presunto responsable debió decir el empresario o grupo que aspira a esa posición y como medirlo y el grado de oposición que puede tener tema difícil como lo ha señalado claramente el Dr. Molina Sandoval en su trabajo citado.

5) Es de notar que esa posición dominante debe ser en el mercado nacional o extranjero y el trabajo hace mención de que las pautas dictadas por la Secretaría de Comercio mencionan que el mercado relevante pueda ser del producto o sobre un territorio o ambos. Por ende, el mercado relevante que estaba determinado por la autonomía de la voluntad y que determinaba por un equilibrio entre demanda y oferta cedió paso cuando se observó que el equilibrio en el mercado había desaparecido a instancias de la doctrina alemana que buscó otros criterio para determinar el equilibrio perdido y la transparencia del precio en el mercado, a través de verificaciones objetivas sobre el *gross disparity* entre el precio de la oferta y el elemento subjetivo la pasividad del consumidor afectado para corregir el desequilibrio del mercado.

6) Lo que la ley condena no es la posición dominante sino el ejercicio abusivo de esa posición que por estar también mencionada en el Cód.

(28) El dial DC863.

Civ. y Com., que legisló sobre el abuso de derecho y dio lugar a afirmar que el abuso de una posición dominante constituía una subcategoría del abuso de derecho, tesis que no comparto, porque el abuso del derecho es un instituto del derecho privado que permite dejar sin efecto una previsión contractual que es abusiva y reparar si lo hubiera el daño causado por el ejercicio abusivo de ese derecho previamente acordado o impuesto, en los términos del Cód. Civil, mientras que el abuso de una posición dominante en el derecho de defensa de la competencia es un instituto del derecho público, destinado a controlar el abuso de una posición dominante proteger al consumidor y aunque no requiere el perjuicio, este debe existir, porque sin perjuicio no hay daño reparable del damnificado o del consumidor, que afectan el interés económico general no el de una persona en particular criterio este cuya calificación es atributo del Tribunal de Defensa de la Competencia en su evaluación y configuración, así como su sanción,

7) Esa configuración permite al damnificado solicitar daños por el derecho común si los puede probar y no ante el Tribunal de Defensa de la Competencia sino ante un juez competente, con motivo de la decisión adoptada por el tribunal y fundada especialmente en la afectación del interés económico general, el cuyos fundamentos y condiciones establecidas por dicho tribunal no puede ser modificadas por el juez competente. Ningún juez o autoridad administrativa que no sea el de la ley 27.442 puede fundar una condena de abuso de derecho interpretando que la misma afecta el interés económico general ya que carece de competencia para atribuirse una declaración que es privativa del nuevo Tribunal de defensa de la competencia exclusivamente.

8) Por otra parte, la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia, además de tener por acreditado el abuso el perjuicio a interés económico general debe fundarlo, aplicando su sana discrecionalidad y ordenar su cese, pudiendo imponer una multa de hasta el 30% del volumen del negocio asociado al ilícito cometido y si el monto de la multa no puede estimarse con esos parámetros se puede reemplazar por una multa que no exceda de 200 millones de unidades móviles pudiendo duplicarse para aquellos infractores que en los últimos 10 años hubiesen sido condenados previamente

por infracciones anticompetitivas, pero además puede el tribunal puede solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas (o sea, anulando el proceso de concentración económica) o divididas.

9) El infractor persona jurídica asimismo responde solidariamente, así como sus directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica utilizando una técnica poco afortunada en la palabra mandatario que no está calificada y es demasiado genérica y preocupará a abogados consejeros internos e internos y contadores y auditores, los abogados internos y los directores de asuntos legales por las opiniones que vertieron para sus directorios, que a mi juicio, determinará que hagan las presentaciones del art. 29 para contar con la opinión anticipada de la Autoridad de Aplicación.

10) En definitiva los damnificados podrán reclamar los daños que puedan probar según el Cód. Civil y de acuerdo con la doctrina podrán pedir medidas cautelares y su tutela restando ver si esas medidas previstas en Cód. Civ. y Com. pueden hacerlo con la simple denuncia antes que Tribunal de Defensa de la Competencia haya iniciado la investigación o la misma se encuentre recién comenzada, si bien ese es el efecto normal de la medida, pero entiendo que el peticionante debiera dar caución suficiente para responder en caso de que se rechace la denuncia por el daño que pudo haber sufrido el eventual infractor y se deberá tener en cuenta que el presunto infractor no podrá sufrir condena alguna si innova y equipara los precios de sus competidores pero con un costo menor ya que ni ejerce posición dominante y la competencia no se resiente ya que se mantiene y aunque decida bajar sus precios y afecte a su competencia, beneficia al consumidor.

11) El "presunto infractor" solo adquiere el título de tener una posición dominante, que de por sí no es ilegal y podrá defender porque su menor costo le permite beneficiar al consumidor, que es uno de los integrantes de la fórmula sobre el interés económico general que debe preservar el tribunal y mientras la ejerza cuidadosamente, está a salvo de perder un proceso en su contra, porque tener una posición domi-

nante no es una infracción, solo es punible el abuso, situación, que solo ocurre si quiere acaparar todo el mercado, que lo hará incurrir en conductas sancionadas por la ley.

12) El balance general de la ley es positivo pero desde el punto de vista práctico deberemos esperar que se constituya el Tribunal de Defensa de la Competencia se nombre sus miembros y se resuelva el tema de la sala especializada en defensa de la competencia en la Ciudad de Buenos Aires y dentro del marco de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de las decisiones del tribunal, lo que tomará un tiempo prolongado. Veremos

rápidamente si la política no pone palos en la rueda. En el ínterin no espero que se aclare si el art. 2º crea prácticas que no son *per se* operativas, ya que si comprobadas se presume que producen perjuicio, también se podrá intentar, por el afectado, probar lo contrario o sea que la presunción es solo *iuris tantum*, que con mayor razón es aplicable para las prácticas restrictivas del art. 3º y se debiera excluir la solidaridad de los mandatarios y la de los apoderados judiciales de la sociedad, que invisten esa representación para defender a la sociedad inculpada, violando el derecho de defensa, que me parece totalmente fuera de lugar y, cuya inconstitucionalidad es hartamente discutible.

La tutela anticipada en Derecho de Defensa de la Competencia (*)

TERESA M. MARIÑO Y BUSQUET (**)

I. Introducción

Desde 1994 la competencia entre las empresas en los mercados de la República Argentina es un bien público de jerarquía constitucional. Protegiendo la competencia se garantiza la libertad de empresa y de los consumidores, como así también la justicia de los intercambios económicos, maximizándose así el bienestar general. La relevante misión de su tutela le ha sido legal y funcionalmente conferida, a través del tiempo, a las autoridades de aplicación de las sucesivas leyes de defensa de la competencia.

La recientemente promulgada ley 27.442(1) (LDC) consigna en su articulado conductas prohibidas por su carácter anticompetitivo, comprensivas de acuerdos, actuaciones y prácticas de los agentes económicos en el mercado —de cualquier forma manifestados— que, como establece el art. 1º de la norma citada, estén “re-

lacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, que tengan por objeto o por efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Ante la amenaza de ocurrencia o ante la realización de actos, prácticas o acuerdos que infrinjan la LDC, la Autoridad de Aplicación cumple con las funciones que le han sido institucionalmente asignadas no solamente detectando, investigando y sancionando disuasivamente estos comportamientos; sino también —y no de menos importancia y significación— evitando su producción o su continuidad; restableciendo la legalidad quebrantada; eliminando o corrigiendo sus efectos negativos; evitando la causación de daños, o impidiendo su agravamiento, o deteniendo su continuación. Indudablemente esta tutela o protección de la competencia ha de ser efectiva, lo cual incluye —aunque no se limita a— que ha de ser oportuna.

El procedimiento previsto en el Capítulo VI de la LDC, cual conjunto sistemático y ordenado de actos, insume un cierto tiempo —que dista de ser breve— para que devenga procedente el dictado de la resolución final sin apartamiento alguno de los principios del debido proceso adjetivo y sustantivo.

Pese a que el objeto del presente escrito se circunscribirá estrictamente a la esfera de los comportamientos, es pertinente consignar que, en virtud que la Autoridad de Aplicación de la

(*) Las opiniones vertidas en el presente corresponden a la perspectiva de la autora sobre el tema y no son expresión —en modo alguno— de las opiniones institucionales del organismo, ni de las entidades a los que pertenece o en los que participa.

No obstante, este trabajo ha recibido la influencia positiva de los intercambios de pareceres y debates con autoridades y *staff* profesional de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, reiterándoseles en el presente un afectuoso agradecimiento.

(**) Abogada —UBA—. Asesora jurídico-legal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Miembro del Instituto Argentino de Derecho Comercial y del Instituto Argentino de la Empresa Familiar.

(1) Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 15/5/2018

LDC tiene la exclusiva misión de evitar la distorsión de la competencia en los mercados, no es posible desconocer que posee implícitas facultades para la adopción de ciertas medidas preliminares también en el marco de expedientes referidos a operaciones de concentración económica.

En la mayoría de los supuestos que distorsionan o lesionan la competencia, se percibe con nitidez que el transcurso del tiempo diluye, cuando no torna estéril, la efectividad de la tutela. Si consideramos la jerarquía jurídica superior del bien a ser protegido, y sus efectos benéficos sobre el interés general, pocos podrán negar que la competencia en los mercados es un valor de necesaria y preferente tuición. Es por ello que resulta un aspecto clave el reconocimiento —normativo y jurisprudencial judicial— de atribuciones, en cabeza de las autoridades de competencia, para adoptar medidas o decisiones, de cognición sumaria, que adelanten o anticipen —cuanto menos provisionalmente— esa tutela, muchas veces con una función preventiva de la ocurrencia de un hecho amenazante o un daño en mera potencia.

Tanto en materia de comportamientos como en concentraciones económicas es dable afirmar, parafraseando al célebre procesalista uruguayo Eduardo Couture, que en los pertinentes procedimientos administrativos el tiempo no solo es oro, es algo más... es justicia.

Las autoridades de competencia, en nuestro país, han adoptado medidas preliminares —de caracteres diversos— en muchos de los procedimientos sumariales tramitados por ante ellas (2). Sin embargo, la peculiar naturaleza y sustancia económica del problema a remediar y la imposición y aplicación de estas medidas por parte de un organismo administrativo —aunque dotado de una especial idoneidad profes-

sional en la materia—, han provocado, a nuestro entender, que aún subsistan asignaturas pendientes, especialmente referidas a pautas definidas, claras, concisas de las condiciones o requisitos para su procedencia e implementación, diferenciables de la estricta ortodoxia cautelar. No se puede seguir considerando, como acertadamente sostiene la Dra. Graciela Medina, que “los viejos odres son aptos para dar cabida a los nuevos requerimientos de eficiencia” (3) que se plantean en la realidad.

La finalidad del presente, más que proporcionar respuestas, intenta instar a la reflexión y reanimar el debate sobre la naturaleza, características y presupuestos de aquellas medidas de tutela diferenciada anticipatoria de la decisión final, que la Autoridad de Competencia en Argentina puede adoptar conforme al actualmente vigente art. 44 de la ley 27.442.

II. Evolución

La normativa antitrust no ha sido ajena al proceso evolutivo experimentado por el derecho en materia de daños, que ha mutado de una función reparadora o resarcitoria de los efectos negativos de una transgresión, violación o elusión de un precepto jurídico, hacia una función preventiva tanto de la posible o potencial materialización de un hecho, como de la causación, continuación o agravamiento de los daños.

En Europa, en la década de los 80, pese a que ni el Tratado de Roma (4) ni los reglamentos para su implementación otorgaban expresamente a la Comisión Europea —en materia de derecho de la competencia— la facultad de adoptar e imponer medidas provisionales de naturaleza anticipada, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (5) (TJCE), en el caso “Camera Care Ltd. v. Commission” (6), determinó que la Comisión tenía, con fundamento en el Reglamento (CEE) nro. 17/ 62, facultades

(2) Es apropiado recordar que existe cuanto menos un antecedente en procedimientos diversos a los regulados en el Capítulo VI, LDC, en el cual la CNDC emitió la res. 44/2009, ordenando una “medida cautelar” en el marco de la diligencia preliminar nro. 29, relacionada con la adquisición indirecta de acciones de *Telecom Italia S.p.A* por parte de *Telefónica de España SA* (revocada en sede judicial con fundamento en que solo el Tribunal de Defensa de la Competencia era competente para el dictado de las medidas del art. 35 de la ley 25.156).

(3) Sic: MEDINA, Graciela, “Tutela anticipada y daño vital”, LL del 15/2/2012, p. 7.

(4) Refiere al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

(5) Actualmente Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

(6) *Vid.* auto del TJCE del 17/1/1980 —Caso 792/79 R—, “Camera Care Ltd. vs. Commission”.

implícitas para la adopción de tales medidas. En el criterio del Tribunal, no se podía excluir la posibilidad que el ejercicio de la facultad de decisión —expresamente reconocida a la Comisión— se articulara en fases sucesivas. En consecuencia, una decisión por la que se comprueba una infracción, sostuvo el TJCE, podía ir precedida de todas las disposiciones preliminares que se consideraren necesarias, durante la instrucción de un caso dado, a fin que tal derecho de decisión final no resultara ineficaz, o incluso ilusorio(7).

En adición, el TJCE rehusó ordenar tales medidas provisionales, disponiendo el reenvío del caso a la Comisión para que decida al respecto. Esta circunstancia permite entrever que, ya en 1980 en la Comunidad Económica Europea, el Tribunal de Justicia distinguió aquellas medidas anticipatorias que los tribunales judiciales pueden adoptar, en casos de defensa de la competencia — no subsidiariamente, sino conforme sus propias facultades (v.gr.: embargo de bienes; secuestro, etc.)—, de aquellas propias de las autoridades de competencia (v.gr.: implementación de una *chinese firewall*; orden de entrega de un producto objeto de negativa de venta; orden de cese; etc.)(8).

Pero además el Tribunal no se detuvo en las determinaciones antes expuestas, sino que, ante el silencio normativo, avanzó fijando, mediante creación pretoriana en el caso “Camera Care”, pautas o lineamientos generales referidos a los presupuestos de procedencia y aplicabilidad de estas medidas; consignando en la sentencia que, con carácter general, han de verificarse:

i. la urgencia y ii. el peligro de un perjuicio grave e irreparable para el peticionante de la medida, o iii. el peligro de un perjuicio intolerable para el interés general. En adición agregó que estas medidas han de ser de carácter temporal y cautelar, limitadas a lo necesario en la situación concreta, sin omitirse la consideración de los legítimos intereses de la empresa afectada por la medida; sentando, finalmente, que han de ser pasibles de revisión judicial(9).

Tal atribución jurisprudencial de facultades —a la Comisión Europea— para la adopción de medidas provisionales o interinas en materia de defensa de la competencia, posibilitó posteriormente su aplicación en unos pocos casos (v.gr.: “ECS/AKZO”(10) y “Ford-Werke AG”(11) entre otros). Finalmente, este reconocimiento de facultades recibió acogida normativa en el Reglamento (CE) nro. 1 /2003(12). Este reglamento para la implementación del Tratado Constitutivo limitó los presupuestos de aplicación a i. apariencia de buen derecho, es decir, existencia *prima facie* de una infracción y ii. urgencia justificada por el riesgo que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia(13). Sin perjuicio del fundamento normativo de tales facultades, es posible percibir que la Comisión Europea ha implementado remedios anticipados, ante conductas infractoras, mayoritariamente por vía de compromisos, en desmedro de las medidas del art. 8º del Reglamento nro. 1.

(7) Ídem nota al pie 6, consids. 17 y 18.

(8) Concordantemente con tal distinción *vid.* RÓPOLO, E., “Medidas cautelares y defensa de la competencia”, DCCyE, 2014, p. 345; 22/10/2014, referido a las medidas del art. 24 inc. m) de la ley 25.156 (abrogada) y las atribuidas a la Autoridad de Aplicación por el art. 35 del mismo texto legal. En la misma línea procedería actualmente la distinción entre las medidas del art. 30 inc. f) y las del art. 44, ambos de la ley 27.442. En contrario, de considerar que hay medidas preliminares que solo en defecto de decisión de la Autoridad de Competencia podrían adoptarse en sede judicial *vid.* sentencia de la CNFed. Civ. Com. del 28/2/2014, *in re* “Despegar Com Ar c. American Airlines s/medidas cautelares”, causa nro. 7233/2013.

(9) Ídem nota al pie 6, consid. 19.

(10) *Vid.* 83/462/EEC: *Commission Decision of 29 July 1983 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.698 - ECS/AKZO: interim measures)*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31983D0462>.

(11) *Vid.* 82/628/EEC: *Commission Decision of 18 August 1982 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.696 - Distribution system of Ford Werke AG - interim measure)*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31982D0628>.

(12) Refiere al Reglamento (CE) nro. 1/2003 del Consejo del 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

(13) Conf. art. 8º, Reglamento (CE) nro. 1/2003.

En Argentina, la abrogada ley 22.262 (14) de Defensa de la Competencia, aunque coetánea al caso “Camera Care”, recepitó en su articulado la cultura jurídica — reparadora o resarcitoria de daños— imperante, estableciendo la oportunidad y plazos en los cuales los damnificados por una conducta anticompetitiva podrían ejercer la acción civil de resarcimiento de los daños y perjuicios, por vía judicial (15). Cabe consignar que la única medida verdaderamente anticipada —incorporada a su articulado— conferida a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para ser adoptada en el marco de un procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas, tenía una naturaleza estrictamente cautelar, asegurativa, destinada a evitar la salida del país de las personas humanas imputadas, directa o indirectamente por colaboración o participación en actos anticompetitivos cometidos por personas jurídicas (16).

La distorsión de la competencia y la consiguiente afectación al interés económico general clamaban por soluciones tutelares más rápidas y efectivas que las que proporcionaban las decisiones finales de los dilatados procedimientos de conductas anticompetitivas normativizados. El decreto de desregulación económica 2284/1991 (17) dio una cautelosa respuesta a los requerimientos de aceleración temporal, al conferir —a la Autoridad de Aplicación de la entonces vigente ley 22.262— una facultad de tutela administrativa anticipada, tal la de emitir órdenes de cese en cualquier estado de una causa de investigación. Esta medida, si bien de características meramente reactivas y contenido negativo, constituyó una herramienta poderosa para evitar la continuidad de una conducta infractora y la producción de daños o el agravamiento de estos, pero limitó su apli-

cación a actos y conductas que pudieren causar daños o perjuicios irreversibles e irreparables.

Las necesidades crecientes de efectividad en la protección de derechos e intereses legítimos fueron abriendo —tanto en el ámbito judicial como administrativo del país— el cauce propicio para el desarrollo de diversos tipos de tutela jurisdiccional anticipada, tanto de contenido negativo como positivo, a fin de evitar que el rigor de las formas condujera a la frustración de tales derechos y garantías.

El bloque de legalidad constitucional, vigente a partir de 1994, que es base del sistema institucional y continente de los derechos, garantías e intereses fundamentales — los que tienen por ello el carácter de valores superiores del ordenamiento jurídico—, consagra la modificación del paradigma jurídico en materia de tutela judicial efectiva asentando el criterio de la prevención a través de la anticipación. También, a partir de la citada reforma constitucional y como ya se expresado, la competencia en los mercados quedó consagrada como uno de los valores fundamentales del orden jurídico nacional.

Los arts. 42 y 43 de la CN establecen, por una parte, que “Las autoridades proveerán (...) a la *defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales (...)*. Y, por la otra parte, que “La legislación establecerá *procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*.” Agregando que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas con-*

(14) Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 6/8/1980.

(15) Conf. al art. 4º de la ley 22.262.

(16) Conf. al art. 12, inc. h) de la ley 22.262.

(17) Vid. dec. 2284/1991. Art. 3º.— “Con motivo de la investigación de hechos comprendidos en el art. 1º de la ley 22.262, la autoridad de aplicación de la misma podrá, *en cualquier estado de la causa*, emitir orden de cese, cuando la conducta de la imputada *pudiere causar daños o perjuicios irreversibles e irreparables*. Dicha orden se ejercerá prudentemente y estará sujeta a los recursos regulados en las normas pertinentes”.

forme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

En esas circunstancias históricas de fines del siglo XX, se sancionó la Ley 25.156 (18), también de Defensa de la Competencia, en virtud de la cual quedaron consagradas ciertas atribuciones de la Autoridad de Aplicación (19), consistentes en un abanico de medidas, que vieron la luz bajo la denominación genérica de “medidas cautelares” o “medidas precautorias”.

En la experiencia argentina, el reconocimiento de estas facultades al organismo administrativo (20) y la determinación de las condiciones de su procedencia (21), tuvo un curso

(18) Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 20/7/1999.

(19) Ley 25.156, art. 35.— “El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los arts. 52 y 53.

En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción”.

(20) En algunos fallos se desconoce que tales facultades legales correspondan a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y en algunos otros fallos también se desconoce que correspondan al Sr. Secretario de Comercio. A modo de ejemplo *vide* CS, 14/4/2015, recurso de hecho, *in re* “Cencosud SA s/apela resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia” y CNFed. Civ. y Com., sala II, 27/7/2009, *in re* “Telecom Italia Spa y otro s/recurso de queja por rec. directo denegado”, consid. 8°.

Reconociendo facultades a la CNDC *vide* CNFed. Civ. y Com., sala III, 7/11/2003, *in re* “Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires”.

(21) A modo de ejemplo *vide* CNFed. Civ. y Com., sala II, 21/6/2016, *in re* “Maxiconsumo SA s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, consid. 6°, párr. 3° y CNFed. Civ. y Com., sala I, 20/3/2003, *in re* “Cooperativa Villa Urquiza y otros s/apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”. En igual sentido CNFed. Civ. y Com., sala I, 25/8/2003, *in re* “Telefónica de Argentina SA c. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.

meandroso (22) en sede judicial. A través del tiempo la jurisprudencia predominante reconoció estas facultades a la Autoridad de Aplicación de la ley de la materia, asignando a estas medidas una naturaleza típicamente cautelar, es decir que, en general, judicialmente se exigió la verificación de los requisitos cautelares para su procedencia.

Actualmente está vigente en el tema el art. 44 de la LDC, cuyo tenor literal, en líneas generales, es similar al del derogado art. 35 de la ley 25.156, salvo algunas notas distintivas que, en principio, no estarían alterando la naturaleza y caracteres propios de las medidas anticipatorias antecedentes.

III. Tutela anticipada y medidas cautelares

Tal como se expresó precedentemente, en el ámbito ceñido y singular del derecho de la competencia, la puesta en práctica de estas facultades anticipatorias conllevó a la extrapolación o, más propiamente sea dicho, a una aplicación analógica de las prescripciones referidas a medidas cautelares contenidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. (23).

Cabe reflexionar que en materia jurídica, como en biología, es dable afirmar que un instituto es análogo a otro cuando, sin ser idénticos, ambos tienen los mismos caracteres funcionales, es decir cuando cumplen o realizan la misma función; por ende, deviene razonable y adecuado que las mismas pautas o leyes se apliquen a ambos.

Sin embargo, en este orden de ideas y en relación con el tema en tratamiento, se advierten —*prima facie*— ciertas diferencias funcionales, ya que en tanto el dogma cautelar establece que no puede otorgarse por vía cautelar lo que será tema u objeto de la futura resolución o sentencia de mérito; las medidas preliminares contempladas en el art. 44 de la LDC (y anteriormente impuestas con fundamento en el art. 35 de la ley 25.156) son, en su generalidad, herramientas de tutela jurisdiccional anticipatoria, lo que significa que se trata de decisiones anticipadas

(22) Vocablo no reconocido por la Real Academia Española, pero de uso vulgar y descriptivo de la situación.

(23) *Vid* Título IV, Capítulo III del Cód. Civ. y Com.

y provisorias de mérito (v.gr.: orden de abstención de una conducta amenazante (24); orden de cese (25); orden de hacer algo (26); etc.).

Con especial precisión y claridad el Dr. Jorge Peyrano (27) explica que en estas medidas preliminares, anticipatorias y provisionales se da una hipótesis de tutela coincidente, en razón del anticipo de la tutela definitiva de mérito; en tanto que en las medidas cautelares *stricto sensu* hay una tutela divergente, pues no recae sobre la cuestión de fondo, sino que son meramente asegurativas de la ejecución de la decisión final.

Otra diferencia que emerge en grado cuasi evidente es que, en tanto las medidas cautelares —reguladas en las disposiciones del Cód. Civ. y Com. de rito— tienen por finalidad inmediata la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos de particulares; las medidas adoptadas en materia de derecho de la competencia tienen una finalidad inmediata diversa (28), tal la protección de la competencia en el mercado y el interés económico general, y solo a modo mediato (aún en supuestos de fortísimo peligro de que se excluya del mercado a un agente económico) protegen intereses de particulares,

como una consecuencia del derrame tutelar sobre un interés público.

En conclusión, si bien las medidas previstas en la actual LDC y en las normas predecesoras, presentan algunos caracteres comunes con las medidas cautelares en sentido estricto (v.gr.: son preliminares, de cognición sumaria, provisionales, no producen cosa juzgada material), desempeñan —como se ha explicitado— funciones disímiles y tienen finalidades diversas, razones por las cuales la aplicación analógica de los artículos del Cód. Proc. Civ. y Com., no posibilita un encastre ajustado, razonable y adecuado de todos y cada uno de los requisitos para su procedencia. En este entendimiento, resultan también apropiadas las palabras del Dr. Augusto Morello acerca que “buscar, en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela, las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado en su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitable experiencia que se cuele y escapa de las fronteras— al menos las establecidas— de las clásicas cautelares (29).

IV. Digresiones sobre el léxico

Si bien —como dato jurídico de la realidad— poco importa el ropaje denominativo que les proveamos a las medidas bajo análisis, pues lo importante es su adopción efectiva por las autoridades de defensa de la competencia y la consolidación a través de fallos judiciales confirmatorios; considerando que las fronteras entre la variopinta serie de medidas del art. 44 de la LDC, y entre estas y las medidas cautelares *stricto sensu*, aún permanecen difusas, intentaremos, a los fines del presente, esbozar rudimentarias precisiones terminológicas y de significado de los vocablos de uso frecuente en el tema, al solo efecto de coadyuvar a la operatividad de estas herramientas jurídicas.

Sabido es que —en el modo normal del devenir de las civilizaciones— el hombre primero percibió las diferencias entre un ser y otro, entre una cosa y la otra, entre una institución y otra; luego, afianzado en el conocimiento de esas di-

(24) Decisión de la CNDC en el caso “Cencosud y otros” (revocada judicialmente por falta de competencia del organismo administrativo para el dictado de la resolución), por la cual se ordenaba a ciertas empresas comerciales que anularan la decisión de suspender descuentos en las compras con tarjetas de débito o crédito, en fechas previas a las festividades de Navidad y Año Nuevo.

(25) Decisión de la CNDC en el caso “Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Bs. As.” (confirmada judicialmente) por la que ordenó abstenerse de orquestar, alentar o facilitar la negativa concertada de sus miembros a prestar servicios de anestesiología a fin de evitar contrataciones directas.

(26) Decisión de la CNDC en el caso “Multicanal SA” que ordenó HBO Olé Partners, A&E Mundo LLC, The History Chanel Latin America LLC y otros, que ordenó —por el término de 20 días— que mantengan, provean o restablezcan las señales y contenidos que distribuyen a la empresa Multicanal.

(27) Vid. PEYRANO, Jorge W., “El dictado de las decisiones judiciales anticipadas. El factor ‘evidencia’”, LL 2011-B-773; 16/3/2011.

(28) Esa diferencia se destaca, entre otros casos, en la Sentencia de la CNFed. Civ. y Com., sala II, 21/6/2016, *in re* “Maxiconsumo SA s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, consid. 9º *in fine*.

(29) Sic MORELLO, Augusto M., “La cautela material”, JA 1992-IV-314/318.

ferencias, procedió a asignarle un nombre distintivo a cada cosa; para finalmente adoptar, a modo de convención, el uso de un mismo nombre para cuanto ser, cosa o institución —con caracteres idénticos o análogos— encontrara, con la finalidad que ciertas personas pudieran entenderse entre sí.

Con tal finalidad, nótese que el contenido semántico de *cautelar* es “destinada, una medida, a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo” (30), lo que permite aprehender el carácter necesariamente instrumental de la cautela respecto a un fin, pero del cual se diferencia; mientras que *anticipar* significa “hacer que algo tenga lugar antes del tiempo señalado o previsible (31), lo que equivale a decir, acelerar la ocurrencia de algo (en el tema, el “algo” sería la tutela efectiva).

Por otra parte, lo *urgente* es entendido como “instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio” (32), lo que nos conduce a la percepción de un riesgo en caso de actuación demorada o a la apreciación de un peligro de daño o de su agravamiento; mientras que *evidente* es una “certeza clara y manifiesta que nadie puede dudar de ella” (33), lo cual podría presentarse en cuestiones de puro derecho o que han quedado acabadamente probadas con medios documentales.

Además, y de especial relevancia en los tiempos actuales, referiremos a *prevenir* que, en su acepción más aplicable a la cuestión que se analiza, significa “precaver, evitar, estorbar o impedir algo” (34). En el modo general, tanto lo cautelar como lo anticipatorio pueden tener una finalidad preventiva, aunque con diferentes objetivos.

En defensa de la competencia una medida preventiva en sentido estricto, solo será aquella que procede ante (y precede a) acciones u omisiones no consumadas —no actuales—, pero

que se presentan como una amenaza para la competencia; aunque también pueden asumir la función preventiva del daño de una conducta o acto actual.

A raíz de las distinciones antes expresadas, y so riesgo de incurrir en manía taxonómica, en una primera aproximación, consideraremos que aquellas medidas que, más que garantizar —precaviendo— la consecución de la resolución final a dictarse, tienen en su contenido, anticipadamente, una coincidencia total o parcial (explícita o implícita) con lo que eventualmente será objeto o materia de la decisión final, podrían denominarse *medidas de tutela anticipada o medidas de tutela jurisdiccional anticipatoria*, en tanto que las primeras podrían ser llamadas *medidas cautelares*. De lo que surge una inicial clasificación de a) *medidas cautelares* y b) *medidas de tutela anticipada o de tutela jurisdiccional anticipatoria*.

Avanzando en ese sentido, conforme ya lo ha receptado la normativa procesal en Brasil (35), tendríamos además en derecho de la competencia i. las *medidas de tutela anticipada de urgencia*, cuya adopción ha de efectivizarse sin demoras, ante situaciones en las que el transcurso del tiempo podría tornar irreversible (o muy difícil) la restitución de las condiciones preexistentes de competencia y/o irreparables los daños al interés económico general (supuestos de gran probabilidad en mercados de gran dinamismo); y ii. las *medidas de tutela anticipada de evidencia*, de implementación en aquellos casos de fortísima verosimilitud (*cuasi certeza*) que el acto o práctica en cuestión es una infracción al orden jurídico de competencia (supuesto de muy probable ocurrencia tratándose de las conductas descriptas en el art. 2º LDC —*hard core cartels*—).

Concordantemente con este punto, la Dra. Medina explica que “Avanzando en la conceptualización explicativa la doctrina especializada en el tema divide la tutela anticipada en tutela anticipada de urgencia y de evidencia. En la tutela anticipada de urgencia el papel principal lo cumple la ‘urgencia’ interpretada como una situación que aqueja al requirente

(30) *Vid.* DEL, Real Academia Española, versión *online*, actualización 2017.

(31) *Ídem*, nota al pie 30.

(32) *Ídem*, nota al pie 30.

(33) *Ídem*, nota al pie 30.

(34) *Ídem*, nota al pie 30.

(35) *Vid.* Código del Proceso Civil de Brasil (2015). Libro V.

y que lo expone a sufrir un perjuicio de entidad distinta y mayor que el representado por el hecho de tener que soportar las molestias y gravámenes propios de la demora que acarrea la sustanciación de cualquier litigio” (...) “Mientras que en la tutela anticipada de evidencia el factor ‘evidencia’ (entendida como una fortísima verosimilitud, superior inclusive a la que se reclama en el caso de tutela anticipada de urgencia, del fundamento de la pretensión contenida en la demanda correspondiente) es el que asume el papel preponderante para legitimar el dictado de una sentencia de manera provisoria que satisfice, total o parcialmente, lo pretendido por la actora (o reconviniente), quedando lo percibido sujeto a eventuales repeticiones si es que la sentencia final resultara adversa al beneficiario de la tutela anticipada de evidencia del caso” (...) “Tanto uno como otra forma de tutela anticipada se encuentran justificadas constitucionalmente por el principio de tutela judicial efectiva; consignado en muchas convenciones internacionales signadas por la Argentina que en la actualidad poseen fuerza de normativa constitucional” (36).

Como consecuencia de las digresiones semánticas precedentes, y bajo su luz, incursionaremos en los caracteres distintivos y condiciones de procedencia de cada grupo de medidas, en el marco normativo de la defensa de la competencia.

V. Las medidas del art. 44 de la ley 27.442

Las legislaciones de defensa de la competencia, a modo casi general, contemplan en sus textos facultades anticipatorias o preliminares de las autoridades de aplicación, con el fin de evitar que el extenso *iter* del procedimiento sancionatorio torne ineficaz el restablecimiento del régimen concurrencial en un mercado determinado.

Estas medidas o facultades suelen circunscribirse a objetivos más o menos comunes:

a) Evitar la conducta infractora (v.gr.: ordenar a una asociación profesional abstenerse de aplicar la cláusula de su estatuto que prohíbe la competencia entre sus miembros).

b) Detener la materialización del comportamiento anticompetitivo, impidiendo la continuidad de sus efectos negativos (v.gr.: ordenar a una empresa, con posición dominante en un mercado determinado, la entrega de un insumo cuya venta ha negado a otro agente económico).

c) Prevenir la repetición de una conducta consumada en el pasado.

La normativa argentina, acorde con las finalidades antes expuestas, en su art. 44 establece:

“Art. 44.— En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los Capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los arts. 66 y 67 de la presente ley. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción”.

Partiendo de la pauta que la letra es el primer elemento para la interpretación de una ley, es posible consignar que el artículo *sub examine* establece las siguientes y diferenciadas medidas:

I. Imponer el cumplimiento de condiciones que establezca, es decir, ordenar que el comportamiento de una empresa se ajuste a una pauta dada, con el objetivo de asegurar el retorno a la situación competitiva preexistente a la infracción o evitando la distorsión competitiva que se avizora (v.gr.: disponer que dos empresas, en proceso de concentración asociativa o colaborativa, continúen comercializando sus productos o servicios con la condición de implementar una *chinese firewall* entre ambas, respecto a temas referidos a una de sus unidades de nego-

(36) Sic. MEDINA, Graciela, “Tutela anticipada...”, cit.

cios o a determinados productos; imponer que las reuniones del órgano de administración de una empresa continúen realizándose bajo la condición de no participación de un director X en todas las cuestiones referidas a su filial argentina; etc.). Estas condiciones pueden constituir ya una *tutela anticipada* parcial (preventiva o curativa) o una *medida cautelar*, tendiente a asegurar la ejecución de la decisión final.

II. Ordenar el cese de las conductas previstas en los Capítulos I y II LDC, lo cual significa ordenar se interrumpa o se deje de hacer u omitir algún hecho o acto actual. La medida en cuestión es de *tutela anticipada*, de modalidad reactiva y de contenido negativo.

III. Ordenar la abstención de las conductas previstas en los Capítulos I y II, es decir refrenar o evitar una acción u omisión anticompetitiva no actual (v.gr.: ordenar que no se implemente la publicitada decisión conjunta de establecimientos comerciales de suprimir descuentos generales que se venían realizando; ordenar que no se aplique la decisión de una asamblea de una asociación empresaria referida a que sus asociados no compitan en determinado mercado; etc.). En la generalidad se tratará de *medidas de tutela anticipada*, de naturaleza estrictamente *preventiva de un hecho o acto infractor*. Podrían adoptarse ante la mera amenaza o potencialidad de ocurrencia de una conducta que distorsione la competencia y pueda afectar el interés económico general.

IV. Ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir la lesión, estas medidas posibilitan cierta libertad de la Autoridad en su diseño e implementación. Consistirán, en general, en una *tutela anticipada, de carácter preventiva del daño* (v.gr.: imponer se continúe otorgando un número x de *slots* a una compañía aérea en un aeropuerto determinado; imponer se establezcan ciertas pautas objetivas de orden para determinar la preferencia en el atraque de buques en un puerto; etc.).

V. Ordenar la remoción de los efectos, es decir quitar aquellos elementos o consecuencias negativas para el interés público o interés económico general que ha provocado la infracción. Puede tener el carácter de medida complementaria de una orden de cese, pues se circunscribe

a la orden de retirar aquellos elementos (de toda clase) a través de los cuales se ha materializado la conducta infractora (v.gr.: ordenar retirar del mercado la publicidad; contratos; productos “atados”; heladeras de uso exclusivo; etc.). No debe confundirse con la reparación o compensación de los daños que la conducta anticompetitiva ha ocasionado (que deberán reclamarse vía judicial). Es una *medida de tutela anticipada* tendiente a evitar que el agente económico bajo investigación continúe beneficiándose de su aparente proceder anticompetitivo y causando perjuicios al interés general.

Amerita aquí consignar que la correspondencia de las medidas específicas enunciadas precedentemente con una de las facultades clasificadas (ítems I a V), ha sido realizada al solo efecto de una somera y azarosa ejemplificación, y dista de ser fundamento suficiente y determinante de su procedencia en un procedimiento del Capítulo VI, LDC.

Para finalizar el punto, considerando que, además, la norma bajo estudio establece recaudos específicos y particulares para la adopción de las diversas medidas (como podrá apreciarse en el siguiente punto), no nos resulta ilógico concluir que la ley 27.442 consagra un régimen especial autosuficiente de presupuestos de procedencia de la tutela anticipada y de ciertas medidas cautelares que pueden ser adoptadas por la Autoridad de Aplicación.

VI. Requisitos de procedencia

Previo al desarrollo del presente acápite, reiteramos que cuando aludimos a tutela anticipada, nos referimos a medidas que tendrán en su contenido —preliminarmente— una coincidencia total o parcial —implícita o explícita— con lo que eventualmente será objeto o materia de la decisión final.

Los poderes conferidos a la Autoridad de Competencia para la adopción de estas medidas encuentran límites normativos, tanto para su adopción como para su diseño e implementación, es decir que *de lege data* hay principios o reglas que estas decisiones anticipadas deben respetar.

Respecto a las medidas consignadas en los ítems I, II y III del acápite precedente, la pri-

mera limitación normativa que se observa, viene dada por su objetivo; ya que han de estar estrictamente destinadas a *evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento*, lo que equivale a afirmar que el hecho o acto —en apariencia infractor— ha de ser —en potencia o en acto— percibido o apreciado, con una base mínima y razonable de certidumbre, como dañoso para el interés económico general.

En tanto que la facultad prevista en el ítem IV del punto anterior, exige como presupuesto legal de procedencia que la conducta, de apariencia infractora, sea (en el modo general de acontecer las cosas) cuanto menos *potencialmente causa de una grave lesión a la competencia*.

Finalmente, la medida signada como V, referida a remoción de los efectos, presupone que esos elementos negativos permanecen en el mercado y continúan afectando la libre competencia y el interés público, de lo contrario carecería de sentido y razón de ser; por ende, se refiere a una conducta infractora pasada o actual. Para su adopción, la ley también exige la causación de una *grave lesión a la competencia*.

La referencia normativa a “grave lesión a la competencia”, nos enfrenta con un concepto jurídico indeterminado que el quehacer jurisdiccional administrativo y el judicial irán perfilando en cada caso. En relación con tal concepto, parece indubitable que todas y cada una de las conductas previstas en el art. 2º LDC (37) son, por sus características, fuentes genera-

(37) Art. 2º— Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere:

a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado;

b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;

c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento;

d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

doras de graves lesiones a la competencia (no sería otro el motivo por el cual el legislador ha tachado a tales actos o prácticas de nulos de pleno derecho). En consecuencia, la Autoridad de Competencia podría adoptar, ante sustento razonable de la existencia de dichos actos o comportamientos, medidas tendientes a prevenir la lesión y, en su caso, ordenar la remoción de los efectos lesivos, mediante decisiones anticipadas de tutela, sin perjuicio además de una eventual orden de cese.

Adentrándonos en el texto del art. 44 de la LDC fácilmente se percibe que sus prescripciones, referidas a requisitos de procedencia, no se agotan en su estricta literalidad, su letra posibilita además abstraer ciertos caracteres comunes a todas las medidas que contempla:

a) *Accesoriedad*, pues han de ordenarse en el marco de un procedimiento principal de los previstos en el Capítulo VI de la LDC, debiendo relacionarse estrechamente con lo que se dilucida en el principal, no pudiendo extenderse a cuestiones diferentes.

b) *Preliminaridad o anticipación*, es posible dictarlas en cualquier estado del procedimiento, lo que significa afirmar que pueden ordenarse con anterioridad al dictado de la decisión final. Coherentemente, para su imposición o adopción, no es necesario que la calificación y encuadre jurídico de la conducta que se investiga sea efectuado con cabal precisión al tiempo de adoptarla.

c) *Provisionalidad o temporalidad*, significa que tendrán una duración limitada en el tiempo, ya hasta que la decisión final adquiera el carácter de cosa juzgada o hasta que varíen las condiciones que motivaron su adopción.

d) *Reversibilidad*, pues “de oficio o a pedido de parte se podrá disponer la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción” (38).

Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno.

(38) Conf. art. 44 *in fine* LDC.

e) *Revisabilidad*, son susceptibles de revisión judicial por vía de recurso de apelación conforme a lo previsto en los arts. 66 y 67 (39).

Complementando los requisitos de procedencia de estas medidas, como *primer corolario de su carácter preliminar o anticipado* legalmente establecido, abstraemos a modo lógico el *fumus delicti commissi* o *fumus boni iuris*. Por esa posibilidad de ser adoptadas en tiempo previo a la culminación de un procedimiento de conocimiento exhaustivo y con el fin de no vulnerar los más elementales principios de presunción de inocencia, garantía de defensa y juicio justo, deviene con entidad de presupuesto necesario de la adopción de toda medida de tutela anticipada que *la conducta investigada* (pasada, actual o potencial) *tenga cuanto menos la apariencia de que se trata de una conducta infractora a las normas de competencia en los mercados*; o sea que es indispensable que la Autoridad de Competencia cuente con un sustento razonable —un indicio racional— que el acto o práctica sea cierto y constituya una infracción a la normativa de competencia; lo cual, respecto a conductas futuras, significa también que ha de existir la probabilidad de la efectiva consumación de la conducta anticompetitiva.

Un *segundo corolario del carácter anticipatorio* de estas medidas, no menos relevante e ineludible, es que las constancias de las actuaciones permitan percibir y apreciar la *necesidad de una pronta ejecución de la tutela*, ya que carecería de sentido, causa o fundamento la anticipación si faltara la urgencia; sin omitir considerar que, en ausencia de urgencia, el costo de anticipar podría exceder —o incrementar— el costo del resultado final.

La urgencia encuentra razón suficiente de ser, ya porque el transcurso del tiempo tornaría inefectiva la decisión tutelar final (*periculum in mora*), o por el fundado temor —cuanto menos indiciario y natural en el modo normal de las relaciones causa-efecto— que una conducta verosímelmente infractora pueda causar lesiones o daños irreparables, difícilmente reparables, o cuya reparación excediere el costo de la anticipación (*periculum in damni*).

Ahora bien, en materia de defensa de la competencia, nada obsta a que muchas de las medidas antes consignadas puedan ordenarse con fundamento mayor en la evidencia o con mayor fundamento en la urgencia, lo cual estará dado por los caracteres peculiares del caso concreto.

En consecuencia, cuando (v.gr.: con base documental, por afianzada jurisprudencia de casos similares, etc.) sea posible obtener una fortísima verosimilitud de la existencia —potencial o real— y del carácter infractor de una conducta o acto (certeza provisional), ha de ceder el rigor de la acreditación de verosimilitud del peligro en la demora y/o del peligro de daño. Es natural y razonable al discernimiento que una irrefutable evidencia del carácter infractor del acto (v.gr.: ante un acuerdo de no competencia o de reparto de zonas entre los dos únicos agentes económicos de un mercado), comparativamente a cuando un automotor cruza una calzada con semáforo en rojo, aminora, y hasta diluye, la necesidad de apreciación y de demostración de la urgencia.

Y viceversa, ante una situación de urgencia acreditada en grado superior al mero *fumus*, se distienden las exigencias de demostración de la certidumbre sobre si la conducta es o no infractora de las leyes de competencia, bastará una mera y ligerísima apariencia de su carácter transgresor.

Adunando lo expuesto, percíbase —y no será ajeno al buen entender del hombre común— que en el trasfondo de una flagrante violación a las leyes de defensa de la competencia se vislumbran los nubarrones de un daño en ciernes para la concurrencia y el interés económico general; como también que, tras —y como causa generadora— una cuasi certeza de lesión o daño —actual o futuro— a la efectiva competencia en el mercado y al interés económico general, hay una conducta prohibida por su carácter anticompetitivo.

La señalada facultad de ordenar medidas de tutela anticipada por parte de las autoridades administrativas en materia de derecho de la competencia, con principal fundamento en la evidencia, en desmedro de la urgencia, y viceversa, escapa ciertamente al estricto rigor de los

(39) Según LDC, art. 66, inc. f).

cánones cautelares ortodoxos; pero no por ello el ejercicio de tales facultades avasalla. Ni va *per se* en deterioro de, los valores fundamentales de justicia y seguridad jurídica.

Un *tercer corolario*, con rango de requisito de procedencia de estas medidas, que también se desprende de su carácter preliminar o anticipado, y que se entenderá que la cognición sumaria lo exige, es el de *efectivización previa del pedido de explicaciones a la denunciada* (art. 38, ley 27.442). Este requisito, si bien susceptible de ponderación discrecional por parte de la autoridad administrativa en cada caso concreto (v.gr.: de posible exceptuada observancia en cuestiones de puro derecho o evidencia de la infracción o evidencia de la urgencia), no debe ser confundido con la sustanciación de la medida de tutela anticipada o medida cautelar que se ordene. Podemos aseverar que su objetivo elemental es salvaguardar el “derecho a ser oído” del afectado. No parece posible eludir tal exigencia en el marco del expediente sancionador, más aún en conocimiento que las medidas del arts. 44 de la LDC solamente son impugnables por vía recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.

Finalmente, en línea con nuestra tesis referida a que la Ley de Defensa de la Competencia consagra un régimen especial autosuficiente aplicable a las medidas que, conforme al actual art. 44, puede ordenar o disponer la autoridad administrativa, consideramos que la constitución de una contracautela (requisito propio de la doctrina cautelar clásica) no es un presupuesto de cumplimiento exigible para ordenar e implementar estos instrumentos de protección de la competencia en los mercados (40).

En orden a lo expresado, por una parte, es importante destacar que la facultad de imponer estas medidas se confiere, en primera instancia, a un organismo técnicamente especializado en la materia —el único organismo público con competencia exclusiva para hacer efectiva la manda del art. 42 de la CN, en todo el ámbito geográfico de la República Argentina—.Y, por

(40) En contrario *vide* fallo de la CNFed. Civ. y Com., sala I, 25/9/2003, *in re* “Telefónica de Argentina SA s/ inc. de apel. C. Comisión Nac. de Defensa de la Competencia”.

otra parte, ha de destacarse que la defensa de la competencia, como antes se ha expresado, tiene por brújula la efectiva concurrencia en los mercados y el interés económico general, que son el norte de la actuación de la Autoridad Nacional de Competencia, la cual, ni siquiera en supuestos de medidas de tutela anticipada solicitadas por un eventual afectado, ha de atender a exclusivos intereses particulares.

VII. Diseño, implementación y cumplimiento

En la realidad económica, no solo es necesaria la fundamentación teórica y legal de las medidas de tutela anticipada que ordene la autoridad administrativa de competencia, conforme se reseñó en el acápite anterior, sino que también es menester lograr un diseño apropiado; una implementación práctica y concreta; y asegurarse el cumplimiento pleno por parte de las empresas afectadas por la medida.

Parece razonable que previo a decidir ordenar una medida de tutela anticipada, o eventualmente una cautelar, sin perjuicio de la verificación del cumplimiento de los presupuestos legales de procedencia antes enunciados, las autoridades de competencia realicen una proyección de los efectos perjudiciales que puede generar la no adopción anticipada de tales medidas, es decir un análisis ligero y breve sobre la dificultad que tendrá la decisión final de contener o evitar los efectos perjudiciales de la conducta, tanto sobre la efectiva competencia como sobre el interés económico general. Este superficial análisis posibilitará determinar si la anticipación es la *oportunidad adecuada y, prima facie* menos costosa en sentido integral para la adopción de la medida.

Las autoridades administrativas han de contar con un amplio grado de discrecionalidad para el diseño de estas herramientas, pues los caracteres diversos de cada mercado y la variabilidad ínsita a cada uno, así lo exigen. Sin embargo, entendemos que la formulación de una medida debe nutrirse en el análisis económico del mercado —del producto y geográfico— afectado, obviamente sin olvidar que han de producir un beneficio para los consumidores.

Por otra parte, independientemente del mercado geográfico distorsionado (real o potencial-

mente), huelga decir que toda medida de tutela anticipada adoptada por la autoridad de competencia, no deberá, en caso alguno, exceder el ámbito territorial legalmente establecido para el ejercicio de la jurisdicción administrativa; es decir que no podrá exceder los límites de la República Argentina (v.gr.: las medidas adoptadas en el mercado de la publicidad *on line* y otros mercados propios de internet presentan dificultades en este aspecto).

Tomada la decisión de ejercer la facultad de tutela anticipada en razón de la oportunidad, en primer lugar, la medida escogida debe ser *necesaria* a los fines preventivos o restaurativos de la efectiva competencia en el mercado afectado; lo que significa que debe ser indispensable, en el sentido que solamente con la aplicación de dicha medida se alcanzaría el objetivo perseguido, en virtud de la inexistencia de alternativas menos restrictivas. Las medidas de contenido estructural (inclusive en las resoluciones finales) suelen ser una *rara avis* en los procedimientos administrativos sobre comportamientos, ya que son mandas drásticas que afectan el derecho de propiedad de las empresas (41). No obstante las medidas de contenido cuasi—estructural (v.gr.: la orden de no impedir el acceso a un activo que constituye una facilidad esencial), son propias de los procedimientos de investigación de conductas y nada obstaría que constituyan una medida de tutela anticipada, en tanto su objetivo fuera el restablecimiento de las condiciones de competencia preexistentes.

En segundo lugar, ha de tratarse de una medida *adecuada* a la distorsión, real o potencial de la competencia y a las características propias del mercado afectado.

Y en tercer lugar, ha de ser *proporcionadas* al objetivo perseguido, es decir que deben estar estrechamente vinculadas con la conducta prohibida, pues las autoridades de competencias no han de actuar más que para restaurar las condiciones de competencias preexistentes y distorsionadas por la conducta infractora, o previniendo una distorsión, pero sin intervenir

(41) Nótese que no es así en materia de procedimientos de concentraciones económicas, pues la desinversión de un producto, de un activo o de una unidad de negocios siempre será una alternativa menos restrictiva que no autorizar la operación notificada.

más allá. Puede afirmarse que en muchos casos el contenido de la medida se presentará como la conducta inversa a la conducta que se procura evitar o detener.

Respecto su implementación, entendemos que la manda anticipada ha de ser clara y concreta (en cuanto a las circunstancias de modo, instrumento, lugar, tiempo, etc.) evitando ambigüedades, o una formulación demasiado genérica, que impidan su efectiva materialización o que habilite una realización defectuosa. La autoridad ha de evitar ordenar medidas que signifiquen, no solamente costos excesivos para los agentes económicos destinatarios, sino también en la asignación de los recursos públicos, especialmente en relación con su seguimiento y contralor.

Como cierre del presente acápite, en lo referido a asegurarse el cumplimiento de las medidas ordenadas, cabe pensar que toda tutela anticipada, adoptada conforme al art. 44 de la LDC, se impondrá bajo apercibimiento de las sanciones que prevé el art. 55 inc. d) de la LDC (42), las que se reducen a:

i. Multa diaria de hasta el 0,1% del volumen de negocios consolidado (correspondiente al último ejercicio económico en el país) del grupo económico al que pertenezcan los infractores. O,

ii. Multa diaria de hasta 750.000 unidades móviles (actualmente \$ 15.000.000), subsidiariamente, es decir en aquellos supuestos de imposible aplicación del criterio anterior o indicado en i.

El criterio establecido por el legislador para determinar la sanción aplicable en materia de conductas anticompetitivas, obvia elementa-

(42) Art. 55.— “Las personas humanas o jurídicas que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones: (...) d) Los que no cumplan con lo dispuesto en los arts. 9º, 44, 45 y 55 inc. a) serán pasibles de una multa por una suma diaria de hasta un cero coma uno por ciento (0,1%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. En caso de no poder aplicarse el criterio precedente, la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a setecientos cincuenta mil (750.000) unidades móviles diarios. Los días serán computados (...) o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención, según corresponda”.

les aspectos prácticos y de eficiente asignación de los recursos del Estado. No aparenta ser de sencilla materialización la determinación del volumen de negocios consolidado, correspondiente al último ejercicio económico en el país, del grupo al que pertenezcan los infractores (se trate o no de sociedades que cotizan); muchísimo menos sencillo en el caso, pues se trata de determinar el volumen de negocios de una empresa o grupo de empresas a las que, como consecuencia de una aparente comportamiento distorsivo de la competencia que se investiga en procedimiento pleno, se le ordena una medida anticipada, y la incumple.

¿Cuál será el límite que se autoimpondrá la Autoridad Nacional de Competencia en su tarea de investigación para determinar este volumen de negocios consolidado para —traspuesto ese límite— concluir sobre la imposibilidad de aplicación del criterio principal de determinación de la sanción?

¿Cuál será el estándar judicial exigido para la demostración de la “imposibilidad de aplicación” del criterio establecido en el primer párrafo del inc. d) del art. 55 de la LDC?

En los casos de incumplimiento de una orden de cese o abstención, la norma legal establece con cierta precisión el momento a partir del cual procederá la aplicación de la multa diaria. Para las demás medidas anticipadas contenidas en el art. 44, *mutatis mutandi*, la multa diaria sería aplicable desde el día en que se verifica el incumplimiento de la medida ordenada, sin omitir que en estos casos podría presentarse un incumplimiento parcial, circunstancia que quedaría a consideración de la Autoridad Nacional de Competencia.

Finalmente, no se advierte en la normativa vigente que la carga de la prueba del cumplimiento esté en cabeza de las empresas a las que se dirigió la medida anticipada, pero parece ser exorbitante que la Autoridad Nacional de Competencia lo establezca en la pertinente resolución anticipatoria.

VIII. A modo de conclusiones

El abordaje realizado de la temática de maras —ligero e inacabado—, nos permite esbozar el núcleo de nuestra perspectiva:

- Que, la legislación argentina de defensa de la competencia, sin duda alguna, contiene un régimen especial, autónomo y autosuficiente para la regulación de medidas de tutela anticipada, y de determinadas medidas cautelares, que la autoridad administrativa de competencia puede adoptar en el marco de un procedimiento de conocimiento pleno, respecto a las cuales los cánones cautelares ortodoxos no pueden reclamar su plena vigencia y aplicación.
- Que, aquellas autoridades que, en su actividad tuitiva de la competencia, decidieren arbitrariamente postergar la adopción de estas medidas para el restablecimiento de las condiciones de competencia, o no procuraren evitar la ocurrencia de una conducta verosíblemente anticompetitiva y/o no impidieren la producción de los efectos lesivos o dañosos, y supeditaren su accionar a los efectos de la resolución final de un procedimiento de investigación, no solo conllevarían el malograr la tutela efectiva debida; sino, en muchos casos, el incumplimiento de la misión institucionalmente asignada.
- Que la legislación antitrust confiera a las autoridades de competencia expresas facultades para ordenar medidas de tutela anticipada de la decisión final; que tales medidas se diseñen, implementen y apliquen adecuadamente; y que sean convalidadas — en cuanto a su procedencia y aplicabilidad— por las sentencias judiciales (fuente generadora de derecho), constituye expresión cabal de la importancia que se le asigna al derecho de la defensa de la competencia, en un tiempo y lugar determinados.

IX. Bibliografía

- ARAZI, Roland, “La tutela anticipada en el derecho argentino”, 1998, revista, www.saij.gov.ar.
- BERIZONCE, Roberto O., “De las medidas anticipatorias a las tutelas provisorias autónomas: Una evolución necesaria”, disponible en <http://congresoderechoprocesal2017.jussanttiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-4-Roberto-Omar-Berizonce-De-las-medidas-anticipatorias-a-las-tutelas-provisorias-autonomas.pdf>.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y defensa de la competencia*, Heliasta, 2005, ts. I y II.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares*, trad. de Sentís Melendo, ED, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CASSAGNE, Ezequiel, “Medidas cautelares contra la Administración”, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf.
- DE LA RIVA, Ignacio M., “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, PDF en: www.cassagne.com.ar/.../Medidas_cautelares_en_materia_de_defensa_de_la_compete...
- GUSMÁN, Alfredo S., “Medidas preventivas en defensa de la competencia”, LL del 8/5/2014, p. I; LL 2014-C-720.
- LOWE, Philip - MATER-RIGAUD, Frank, “Quo vadis antitrust remedies”, 2007, Fordham Comp. L. Inst. 000 (B. Hawk. ed. 2008), Chapter 20, International Antitrust Law & Policy.
- MEDINA, Graciela, “Tutela anticipada y daño vital”, LL del 15/2/2012, p. 7.
- MORELLO, Augusto M., “La cautela material”, JA 1992-IV-314/318.
- MORRIS, Virginia, “Interim Measures in ECC Competition Cases”, 3 Int’l Tax & Bus. Law 102 (1985), disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol3/iss1/5>.
- OCDE, “Remedies and Santions in Abuse of Dominance Cases”, Policy Roundtables 2006.
- PADILLA, Roberto, “Las medidas preventivas en el derecho de la competencia”, LL 2003-F-94.
- PEYRANO, Jorge W., “El dictado de las decisiones judiciales anticipadas. El factor ‘evidencia’”, LL 2011-B-773; 16/3/2011.
- “Las medidas cautelares diferentes”, disponible en http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/las_medidas_cautelares_diferentes.pdf.
- REVIRIEGO, José A., “La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino”, disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc.wp-content/uploads/2012/02/05-La-tutela-preventiva.pdf>.
- RÓPOLO, Esteban P. - CERVIO, Guillermo, *Ley 25.156 Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- “Medidas cautelares y defensa de la competencia”, DCCyE, 2014, p. 345; 22/10/2014.
- TREVISÁN, Pablo, “Acción preventiva de daños y defensa de la competencia”, RCCyC, 2016, p. 63; 16/4/2016.
- WHISH, Richard - BAILEY, David, “The Commission Enforcement Powers under Regulation 1/2003”, Competition Law, Seventh edition, Oxford University Press, 2012.

PROGRAMA DE CLEMENCIA

.....

Programas de Clemencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia

DIEGO P. POVOLO (*)

I. Objeto del presente

El objeto de este trabajo es hacer un primer análisis de la nueva normativa de Defensa de la Competencia, en lo que se refiere a los Programas de Clemencia, enumerando su nuevo marco normativo, antecedentes y necesidades que desencadenaron la incorporación, análisis del diseño aprobado y por último una referencia a las expectativas sobre su aplicación.

I.1. Nuevo cuadro normativo

El 9 de mayo de 2018 el Congreso Nacional sancionó la nueva Ley de Defensa de la Competencia, bajo el número 27.442, promulgada el 14/5/2018, por dec. 451/2018 sin observaciones, y publicada al día siguiente en el boletín oficial.

De esta manera se derogaron las leyes 22.262, 25.156, los arts. 65 al 69 del Título IV de la ley 26.993 y se eliminaron las referencias a la ley 25.156 dispuestas bajo los arts. 45 y 51 de la ley 26.993 (art. 80).

No obstante ello, la autoridad de aplicación de dichas normas subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la ley 27.442 otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fe-

cha de entrada en vigencia de la nueva ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia. Constituida y puesta en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia, las causas continuarán su trámite ante esta (art. 80).

La nueva ley fue reglamentada mediante el dec. 480/2018, del 23 de mayo y publicado al día siguiente.

Mediante el art. 7º del dec. 480/2018, se faculta a la Secretaría de Comercio a dictar las normas complementarias y aclaratorias necesarias para la implementación de la ley 27.442 y de su Reglamentación, hasta tanto se constituya la Autoridad Nacional de la Competencia.

Finalmente, mediante res. 359/18, de la Secretaría de Comercio, del 19/6/2018, publicada en el Boletín Oficial del 21/6/2018, se encomienda, a la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en adelante CNDC, organismo desconcentrado en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción, para que lleve adelante la investigación e instrucción de los expedientes que se inicien o que ya fueran iniciados en virtud de las leyes 25.156 y 27.442, debiendo ejecutar las acciones detalladas en el anexo que forma parte integrante de dicha medida.

Es decir, hasta que no se cree y ponga en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, con su Tribunal de Defensa de la Competencia, Secretaría de Instrucción

(*) Abogado, ex Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por dos períodos y Vicepresidente II de la misma; Master en Finanzas de Universidad del CEMA; Master en Derecho Empresario de la Universidad Austral.

de Conductas Anticompetitivas y Secretaría de Concentraciones Económicas (art. 18 de la ley 27.442), siguen actuando las autoridades según lo dispuesto básicamente por la ley 22.262 de 1980.

1.2. Antecedentes normativos y necesidades que desencadenaron la incorporación de los Programas de Clemencia

Las primeras normas sobre defensa de la competencia o derecho antitrust tienen origen en Estados Unidos con la ley Sherman de 1880 y la ley Clayton de 1914.

Por otro lado, encontramos la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea, habiendo sido su pilar básico el Tratado de Roma de 1957, en sus arts. 85 y 86.

En cuanto al contenido de ambas normas, podríamos decir que básicamente sus disposiciones referentes a las acciones concertadas que restrinjan o afecten el correcto funcionamiento de los mercados son similares, siendo su diferencia más relevante que la legislación europea no sanciona a los autores de conductas anticompetitivas con penas privativas de la libertad, como sí se lo hace en Estados Unidos.

En nuestro país, la primera norma específica fue la ley 11.210 del 11/9/1923 denominada Represión del monopolio.

Establecía en su art. 1º: “Declárase delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o varias, o en todo el territorio nacional”.

Su art. 2º sancionaba los actos que, sin importar un progreso técnico ni un progreso económico, aumentaran arbitrariamente las propias ganancias de quien o quienes los ejecuten, sin proporción con el capital efectivamente empleado, y a los que dificulten o se propongan dificultar a otras personas vivientes o jurídicas la libre concurrencia en la producción y en el consumo interno o en el comercio exterior.

Luego enumeraba una serie de actos de monopolio.

Dicha norma fue sustituida por el dec.-ley 15.810/1946 ratificado por el Congreso bajo la ley 12.906 el 30/12/1946.

Su art. 1º era similar a la ley 11.210 y su art. 2º contenía un listado de conductas que donde se consideraban “especialmente actos de monopolio o tendientes a él a los fines de las sanciones de esta ley”: acuerdos de precios, límites de producción, compras atadas, destrucción de mercaderías, precios predatorios, etc.

Ambas normas preveían sanciones de prisión y multas, tanto para personas físicas como para personas jurídicas y con responsabilidad de sus administradores.

Posteriormente se sancionó la ley 22.262, el 1/8/1980, la cual se apartó del criterio que se basaba en la sanción de conductas tendientes a la formación o sostenimiento de monopolios, para asentar su predicamento en la limitación, restricción, o distorsión de la competencia, y el abuso de la posición dominante, requiriendo, en ambos casos, que hubieran efectos sobre el interés económico general, para que la conducta sea punible.

Toda esta normativa citada, no tuvo prácticamente aplicación por la falta de una conciencia generalizada acerca de la ilicitud de las conductas restrictivas de la competencia, y del daño que estas generan en la sociedad.

También es dable tener en cuenta que el reducido tamaño de la economía argentina, bastante cerrada al comercio internacional, tampoco permitía, en muchos casos, la existencia de diferentes actores que fomentaran la competencia.

Por otra parte, la rigidez del procedimiento penal, impedía la interacción del imputado con el organismo investigador, necesaria en estos casos.

Se puede sostener entonces, que si bien existían las herramientas legales para sancionar conductas anticompetitivas, en la práctica no se las utilizaron por las circunstancias económico-sociales imperantes durante el siglo pasado.

El 25 de agosto de 1999 se sancionó la ley 25.156, mediante la cual se eliminaron las sanciones privativas de la libertad. Se conce-

dieron amplias facultades de investigación al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que se creaba (aunque en la práctica nunca llegó a constituirse), facultándolo a dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento.

Es importante destacar que la sanción de dicha ley se dio en un marco de liberalización económica con respecto tanto al comercio como a la inversión, la reducción del Estado, y la expansión de las fuerzas del mercado dentro de la economía interna de países en desarrollo como el nuestro.

Así fue que se empezaron a perseguir y sancionar cárteles, siendo el caso más destacado el de la industria cementera (1).

Este caso, por muchas circunstancias, resulta ser un hito dentro de la jurisprudencia administrativa de la CNDC.

La investigación se inició de oficio, luego de que en un artículo periodístico en el que se hizo referencia a la existencia en la industria del cemento portland, de una concertación global que incluía repartos de mercado, complot para bloquear el ingreso de nuevos competidores, acuerdos de precios, intercambios de información sobre despachos mensuales y semanales, la conformación de una Mesa de acuerdos, participación concertada en licitaciones públicas, y otras conductas de cartelización en las cuales se encontrarían involucradas las empresas cementeras y la Asociación de Fabricantes de Cementos Portland (AFCP), entidad que nuclea a estas últimas.

Estas conductas, según la mencionada publicación, se habrían venido verificando desde el mes de julio del año 1981 en todo el territorio nacional.

El conjunto de hechos investigados, indisolublemente conexos entre sí, configuraban

(1) Loma Negra Cía. SA, Cemento San Martín SA, Juan Minetti SA, Corcemar SA, Cementos Avellaneda SA, Cementos El Gigante SA y Petroquímica Comodoro Rivadavia SA, Conducta 506. Expte. nro. 064-012896/1999. Dictamen CNDC 513. Resolución SCT 124 del 25/7/2005. http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/513_1.pdf.

diversas infracciones a la legislación de competencia, como ser la concertación de cuotas y porcentajes de mercado a escala nacional, monitoreado a través del sistema estadístico de la AFCP, como así también un intercambio de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras, instrumentado a través del sistema estadístico de la AFCP.

En consecuencia, las multas aplicadas resultaron ser de \$ 138.700.000 para Loma Negra, \$ 100.100.000 para Minetti, \$ 34.600.000 para Cementos Avellaneda, \$ 7.300.000 para PCR y \$ 28.500.000 para Cemento San Martín (2,85\$=1 US\$ al momento de ser aplicada la multa).

En el caso de la AFCP, la multa impuesta ascendió al máximo previsto por la ley en razón de que dicha entidad jugó un papel imprescindible tanto en la conducta de concertación de cuotas y participaciones de mercado como en la conducta de intercambio de información competitivamente sensible.

Dicho caso mostró con claridad la evolución y sofisticación de las prácticas colusivas horizontales a lo largo del tiempo. El apartamiento de una asociación de su objetivo final patentizó que el intercambio de información sensible desde el punto de vista de defensa de la competencia, irroga el mismo perjuicio al interés económico general, como un acuerdo explícito, amén de haber sido la multa más alta fijada por una autoridad de defensa de la competencia a dicha fecha.

Otros casos destacables son el de “Oxígeno Líquido (2), Shell Gas SA y Total Gas Argentina SA s/denuncia CNDC ley 25.156” (3), “Estaciones de Servicio de GNC (Rosario) s/infracción ley 25.156” (4), “Asociación Médica de Bahía Blanca s/infracción ley 25.156” (5), “Cámara Ar-

(2) Expte. nro. 064-011323/2001, Carpeta 697, Dictamen CNDC 510, res. SCT 119/2005, <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/510.pdf>.

(3) Expte. nro. 064-004881/2001, Carpeta 665, Dictamen CNDC 529, res. SCT 32/2006, <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/529.pdf>.

(4) Expte. nro. SO1:0227995/2002, Carpeta 824, Dictamen CNDC 665, res. SCT 112/2010, <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/665.pdf>.

(5) Expte. nro. 064-011494/2001, Carpeta 687, Dictamen CNDC 726, res. SCT 136/2011, cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/726.pdf.

gentina de Industrias Ópticas (CADIOA) y otros s/ infracción ley 25.156” (6), entre otros.

Ahora bien, de la misma manera que combatir los cárteles se ha convertido en una de las principales prioridades de las autoridades de competencia de Argentina y de todo el mundo, uno de los principales retos planteados para su descubrimiento, es el *modus operandi*, cada vez más secreto y complejo, haciendo que los métodos de investigación tradicionales resulten de muy difícil aplicación efectiva.

Como respuesta, las autoridades de competencia han desarrollado programas de clemencia como nueva herramienta en su lucha contra los cárteles, por lo que tratando de potenciar la inestabilidad intrínseca de los mismos, se ofrecen incentivos a los miembros para que colaboren, denuncien el cártel y ofrezcan pruebas de su existencia a cambio de un tratamiento individual más favorable.

En las jurisdicciones que los han adoptado, los programas de clemencia han resultado una herramienta de ejecución muy eficaz, permitiendo a las agencias de competencia descubrir y castigar cárteles que no se habrían podido detectar, sino gracias a las pruebas aportadas por los miembros de cárteles que cooperan.

El principio básico resulta ser el que el miembro del cártel que revela la existencia del mismo, a cambio obtiene una recompensa, ya sea la exención o reducción de la multa que de otra forma le hubiera sido impuesta.

Como contrapartida de tal recompensa deberá incriminarse, informar y poner fin a su conducta anticompetitiva.

Esto permite el cese de la conducta ilícita y la posterior reparación de daños.

Todas estas circunstancias determinaron la necesidad de incorporación a nuestra ley de los Programas de Clemencia, vigentes en la gran mayoría de las jurisdicciones extranjeras como

Estados Unidos (7), Comunidad Europea (8), Brasil (9), México (10) y Chile (11).

II. Programas de Clemencia

La sanción de la nueva normativa dio respuesta a las necesidades planteadas, incorporando en la misma el Programa de Clemencia, lo que constituye, a mi criterio, una de las principales novedades y aciertos de la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

La importancia de este tipo de instituto ya había sido destacada por el autor de este artículo, quien, en los años 2009/10, y junto con profesionales de la CNDC coordinados por la Dra. Paula Molina, habían desarrollado un anteproyecto de reforma de la ley 25.156, para incorporar a la misma el Programa de Clemencia (12).

Dicho proyecto fue formalmente aprobado por la CNDC el 15 diciembre de 2010, en el marco del expte. nro. S01:0459615/10, elevándose al secretario de Comercio Interior, quien no le dio mayor impulso, pero la mayoría de los lineamientos entonces proyectados se encuentran receptados en la nueva normativa.

Cabe resaltar que tanto dicho anteproyecto como las normas promulgadas fueron el fruto del debate de la comunidad de Defensa de la Competencia y del Congreso Nacional, en donde confluyeron tanto un proyecto del PEN, como varios proyectos de diputados, destacándose especialmente uno de los Diputados Elisa Carrió y Mario Negri, por la inclusión de varias de sus propuestas en la ley sancionada.

(7) Desde 1978 pero con un aumento significativo a partir de una revisión en 1993.

(8) Desde 1996.

(9) Desde 2000.

(10) Desde 2007.

(11) Desde 2009.

(12) POVOLO, Diego P. - MOLINA, María Paula, “Hacia la implementación de nuevas herramientas para la detección y desbaratamiento de cárteles en Argentina. Programa de clemencia”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, nro. 2, Legis, Buenos Aires; y MOLINA, María Paula - POVOLO, Diego P., “Política de los programas de clemencia en el ámbito del derecho antitrust”, LL, actualidad, año LXXIV, nro. 124 (julio, 2010) ps. 1-3, ISSN: 0024-1636.

(6) Exptes. nro. 064-003750/2000 y 064-007797/2000, Carpetas 554 y C.566, Dictamen CNDC 736, res. SCI 139/2013, <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/736.pdf>.

La importancia de dicha incorporación también puede desprenderse de los estudios y recomendaciones que surgen de la OCDE, que calculó que los perjuicios causados por cárteles ascienden a miles de millones de dólares de daños para los consumidores y la economía cada año (13).

II.1. La nueva normativa

Entrando al análisis específico de la normativa “del programa de clemencia” cabe consignar que bajo ese título se denomina al Capítulo VIII de la ley, que abarca los arts. 60 y 61.

Analizaré cada instituto de la misma siguiendo el orden de su redacción.

II.2. Conductas incluidas

Comienza el art. 60 estableciendo en su primer párrafo: “Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el art. 2º de la presente ley, podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inc. b) del art. 55 de la presente ley, según pudiere corresponder”.

Agrega la reglamentación que podrán solicitar el beneficio quienes “hayan intervenido y/o participado en dicha infracción, sea que la conducta se haya llevado a cabo en la República Argentina o en el extranjero, cuando esta afecte total o parcialmente el territorio nacional”.

En primer término, cabe resaltar que el programa no está abierto a cualquier tipo de conducta anticompetitiva concertada, como estaba previsto en el anteproyecto aprobado por la CNDC en 2010, sino que se restringe a las conductas enumeradas en el art. 2º de la ley.

Establece el art. 2º que “Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere:

a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado;

b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;

c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento;

d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno”.

Es decir, no quedarían incluidas otras conductas concertadas entre agentes que operan en un mismo mercado, y por lo tanto no podrían someterse al programa de clemencia.

Por ejemplo, no podrían incluirse en un programa de clemencia las siguientes conductas detalladas en el art. 3º de la ley 27.442.

c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;

d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de este;

e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;

Todas estas conductas pueden ser concertadas, para “cerrar el mercado” y de esta manera limitar la competencia a los actuales participantes del mismo, lo que seguro generaría un perjuicio al interés económico general, producto de dicha barrera a la entrada ilícitamente generada.

(13) ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, “Hard core cartels: recent progress and challenges ahead”, OECD Publishing, 2003.

Según una interpretación literal de la norma, tampoco podría incluirse en un programa de clemencia: intercambiar información con el objeto o efecto de fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado (art. 3º inc. a)]. Lo que a mi criterio dejaría de lado un eventual acuerdo tácito de fijación de precios originado en dicho intercambio de información.

Recordando nuevamente el caso de “las cementeras” gran parte de la conducta sancionada se basó en el intercambio de información desarrollado por los miembros del cártel por intermedio de la cámara empresaria que los agrupaba.

Por otra parte, cabe destacar que en el art. 3º, inc. i), se agrega como práctica restrictiva de la competencia: “La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”.

Esta inclusión, acorde a la mejores prácticas internacionales, sin duda abarca la protección del intercambio de información competitivamente sensible, además de hacer hincapié en la conducta de los administradores de la empresa, tanto para incrementar el efecto disuasorio de la ley, como para también potenciar la inestabilidad de los cárteles, ya que muchas veces la iniciativa para aplicar a un programa de clemencia proviene del convencimiento de uno de sus administradores respecto del peligro de su situación personal. Por ello resulta incongruente la exclusión de estas conductas a los programas de clemencia.

Otras conductas anticompetitivas podrían desarrollarse ya sea unilateralmente (por quien tiene una posición dominante en un mercado) o en forma concertada. Por ejemplo, las denominadas “ventas atadas” previstas en el art. 3º inc. f) “Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien”. Pensemos por ejemplo en un acuerdo entre todos los hoteleros de una ciudad, por el cual no comercializan alojamiento si no se compra un paquete determinado de servicios

(mínimo de tres noches más una excursión al sitio más atractivo de la ciudad).

De la misma manera, se podría concertar una conducta para excluir a un competidor. Art. 3º inc. g) “Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”. Para seguir con el mismo ejemplo, el acuerdo de todos los prestadores de servicios de excursiones, de no comercializar sus servicios a quienes se alojan en un hotel que no es parte del acuerdo descrito en el párrafo anterior.

Realmente no se entiende porque se ha limitado la posibilidad de acudir a los programas de clemencia para todas estas conductas, cuyos efectos pueden ser los mismos, o muy similares a los de las conductas detalladas en el art. 2º de la ley.

Según mi criterio, los programas de clemencia deberían estar habilitados para cualquier conducta anticompetitiva concertada que pueda quedar incluida en el art. 1º de la ley 17.442.

II.3. Sujetos incluidos

Se observa que el programa está abierto a todos los sujetos que estén participando o hubieran participado en una conducta anticompetitiva, sin importar el carácter de su participación en la misma.

En el anteproyecto aprobado por la CNDC en 2010 se excluía a quien fuera el líder del cártel, como se lo suele excluir en la mayoría de las jurisdicciones, por considerar que no corresponde darle el beneficio a quien organizó y/o dirigió el cártel o forzó a otros a participar del mismo (14).

(14) Estados Unidos, la Comunidad Europea y Canadá, entre otros tienen exigencias de este tipo. *Report on Leniency Programs to Fight Hard-core Cartels*, p. 16, <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Brasil y Chile también excluye al líder. KLOUB, Jindrich, “La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los cárteles”, Foro Latinoamericano de Competencia, 9-10 de septiembre de 2009, Santiago, Chile, ps. 22 y 23, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2009\)1&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2009)1&docLanguage=Es).

“Consideraciones de justicia harían requerir que se rechacen beneficios de clemencia a empresas que eran el líder del cártel o que forzaron a otras empresas a entrar en él” (15).

II.4. ¿Hasta cuándo puede aplicarse al programa?

Establece el segundo párrafo del art. 60 que: “A los fines de poder acogerse al beneficio, el mismo deberá solicitarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el art. 41 de la presente ley”.

A su vez, el decreto reglamentario establece: “Procederá el rechazo *in limine* de toda solicitud de clemencia que sea realizada con posterioridad a haber recibido el interesado la notificación prevista en el art. 41 de la ley 27.442”.

Resulta totalmente lógico que no se le permita solicitar clemencia a quien ya se le ha corrido un traslado de la denuncia o relación de hechos por considerárselo imputado, para que dé las explicaciones que estime conducentes (art. 38), y tramitado todo un sumario con su intervención (art. 39 y cons.), de cuyo resultado se lo considera presunto responsable de la conducta anticompetitiva de la que se lo acusa, conforme las pruebas incorporadas al expediente hasta ese momento (art. 41). Es decir, en esa instancia se considera que ya está probada la conducta ilícita para la acusación y, se le da un nuevo traslado para que efectúe su descargo y ofrezca la prueba que considere pertinente a su defensa, pero ya es tarde para arrepentirse.

II.5. Reconocimiento

Establece la reglamentación en cuanto al reconocimiento de la conducta revelada: “A efectos de la obtención del beneficio establecido en el art. 60 de la ley 27.442 el solicitante deberá reconocer expresamente su participación en la conducta investigada, reconociendo a su vez el contenido esencial del deber de colaborar y cooperar con la autoridad nacional de la competencia durante la totalidad del procedimiento de solicitud de clemencia y durante el procedimiento sancionador”.

(15) <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>, ps. 9-10.

II.6. ¿Ante quién se presenta la solicitud de clemencia?

Atento a que todavía no se ha constituido la Autoridad Nacional de la competencia, ni el Tribunal de Defensa de la Competencia, ni la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas, cuyos miembros deberán elegirse por concurso público de antecedentes y oposición, conforme lo determina la ley en su Capítulo IV, se deberá estar a lo establecido para las autoridades vigentes en la actualidad, para la presentación de la solicitud.

Según la res. 359/2018 de la Secretaría de Comercio (art. 1º), se encomienda a la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para que lleve adelante la investigación e instrucción de los expedientes que se inicien en virtud de la ley 27.442, debiendo ejecutar las acciones detalladas en el Anexo de la misma, estableciéndose en su punto: “(24) Llevar adelante la instrucción del procedimiento previsto en el art. 60 de la ley 27.442 desde el momento de la solicitud del marcador y hasta el otorgamiento del beneficio definitivo establecido en el dec. 480/2018”.

Dada esta resolución, la CNDC publicó en su página web (16):

“Postulación al ‘Programa de Clemencia’

”Publicado el miércoles 23 de mayo de 2018

”En virtud de la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, a partir del día 24/5, se informa que la solicitud de marcador (arts. 60 y 61) deberá presentarse en Bartolomé Mitre 430, Piso 7, CABA, en el horario de 9:30 a 13:30 hs.

”La solicitud deberá contener:

”a) Nombre, apellido y domicilio del solicitante. En caso de apoderados, deberán contar con un Poder General.

”b) Nombre, apellido y domicilio de los demás integrantes/participantes de la conducta.

”c) Descripción general de la conducta y el mercado.

(16) <https://www.argentina.gob.ar/noticias/postulacion-al-programa-de-clemencia>.

"d) Duración estimada del acuerdo.

"e) Extensión geográfica aproximada en la que se desarrolló, se desarrolla, o considera que podría ocasionar efectos la conducta anticompetitiva.

"Fecha y hora de ingreso son registradas por la Mesa de Entradas de CNDC".

Es decir que se ha dispuesto que la solicitud de aplicación al programa de clemencia deba ser presentada por ante la misma mesa de entradas que se hacen todas las presentaciones ante la CNDC.

Entiendo que esta circunstancia aleja mucho la instrumentación del programa de las mejores prácticas internacionales, poniendo en peligro el funcionamiento mismo del sistema.

En efecto, una de las garantías esenciales que deben darse a los eventuales postulantes al programa, es que se va a asegurar la *confidencialidad y transparencia* del sistema.

Estos conceptos los tienen muy claramente establecidos todos los países miembros de la OCDE, y de esta manera han sido expuestos en foros internacionales (17):

"52. Un factor relacionado es la imparcialidad en la asignación del programa de clemencia. La autoridad competente debe ser muy cuidadosa en la forma en la que administra su política de clemencia y trata con los aspirantes. Deben crearse procedimientos que tengan en cuenta el registro oportuno de las solicitudes de clemencia dado que realmente importa si una empresa se encuentra en primer o en segundo lugar. No es inusual que a los solicitantes se les escape la total inmunidad o una reducción importante por cuestión de horas e incluso minutos. Además, una autoridad de ejecución deberá ser imparcial en la evaluación de la cooperación con clemencia y cumplir estrictamente las condiciones establecidas en su programa de clemencia. Si, por ejemplo, las reducciones de sanción dependen del orden en el que se realizan las solicitudes, se deberá crear un sistema transpa-

rente para evaluar la cooperación que tiene en cuenta dicho orden.

53. Se debe destacar que cualquier violación de los principios de imparcialidad y certeza puede llevar al solicitante a impugnar el caso de la agencia de ejecución, invalidando de ese modo cualquier beneficio para la eficacia. Y lo que es más importante, *también pondrá en peligro la credibilidad y por lo tanto el éxito del programa de clemencia a largo plazo. Las autoridades de ejecución deberían prestar sumo cuidado cuando aseguren que aplican sus políticas de clemencia en estricto cumplimiento de tales principios*". El destacado me pertenece.

Tan importantes son estos conceptos, que la propia ley establece en el párr. 3º del art. 60 que: "El Tribunal de Defensa de la Competencia establecerá un sistema para determinar el orden de prioridad de las solicitudes para acogerse al beneficio establecido en el presente artículo".

Asimismo el inc. d) del art. 60 de la ley establece que: "El Tribunal de Defensa de la Competencia mantendrá con carácter confidencial la identidad del que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo".

La reglamentación determina al respecto:

En cuanto a la confidencialidad: "De conformidad con lo establecido en el art. 60, inc. d) de la ley 27.442 y en virtud de lo dispuesto en la Ley de Acceso a la Información Pública 27.275, y su modificación, en su art. 8º, incs. g), j) y l), los funcionarios de la autoridad nacional de la competencia mantendrán estricta reserva de los asuntos sometidos a su conocimiento en el marco de la tramitación del procedimiento de solicitud de Inmunidad, así como de toda información, dato o antecedente de que tomen conocimiento con motivo u ocasión de la tramitación del beneficio de inmunidad. El Tribunal de Defensa de la Competencia determinará el alcance del deber de colaboración aquí establecido".

Y en cuanto a la transparencia establece:

"Registro de Marcadores. Creación.

"Créase el Registro Nacional de Marcadores en la órbita del Tribunal de Defensa de la Competencia el cual tendrá carácter confidencial

(17) [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2009\)1&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2009)1&docLanguage=Es), ps. 11-12.

conforme lo previsto en el art. 8º de la ley 27.275 y su modificación, de Acceso a la Información Pública, a fin de registrar todas las solicitudes de marcadores que se realicen de acuerdo a lo dispuesto en el presente decreto y a los procedimientos que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia, indicándose el orden de prelación de cada solicitud de acuerdo a su fecha y orden de presentación”.

Ahora bien, considero que ninguna de estas garantías, sobre todo la de confidencialidad, pueden asegurarse en una mesa de entradas común a cualquier presentación al organismo.

Es público y notorio que la persona de al lado del postulante puede ver la presentación que se está haciendo.

Tampoco es aceptable que la misma CNDC sea quien reciba la postulación al programa de clemencia, tomado conocimiento de dicha solicitud los vocales y presidente de la misma, siendo las mismas personas que puedan aceptar o rechazar la solicitud y luego llevar adelante todo el procedimiento de investigación (18).

Las mejores prácticas internacionales, establecieron la determinación de un funcionario especialmente designado para recibir a los eventuales postulantes. Generalmente dicho funcionario tiene una jerarquía relevante, que asegura la imparcialidad y confidencialidad del proceso. Por ejemplo en la Comunidad Europea es el Director General para la Competencia de la Comisión (19).

Asimismo se utilizan direcciones de e-mails dedicadas exclusivamente para estos fines, lo cual asegura la confidencialidad y transparencia del sistema (20).

(18) “Claridad, certeza y prioridad son críticos, dado que las empresas estarán más dispuestas a acogerse si las condiciones y probables beneficios de hacerlo son claros”, OECD, “Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”, OECD Reports, 2002, p. 8. <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>.

(19) OECD, “Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”, OECD Reports 2002, Table of Contents, Part I, Annex D, p. 61, <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>.

(20) Ver para la Comunidad Europea: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.

Ninguna de estas garantías se observan en el sistema argentino que ya está vigente.

Continúa estableciendo el decreto reglamentario de la ley:

“La implementación, operación y gestión del Registro Nacional de Marcadores será competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en su carácter de Autoridad de Aplicación de la ley 27.442.

”II. Procedimiento de solicitud de clemencia

El Tribunal de Defensa de la Competencia, deberá establecer un procedimiento en virtud del cual se establezcan al menos cuatro (4) etapas sucesivas para la solicitud, tramitación, obtención o rechazo de la solicitud de clemencia y otorgamiento o rechazo del beneficio, a saber:

”a) Solicitud de marcador: una primera etapa en la que el solicitante comunicará su interés de acogerse al beneficio de clemencia en relación a la comisión de una conducta anticompetitiva de las previstas en el art. 2º de la ley 27.442, en la que deberá presentar la información que el Tribunal de Defensa de la Competencia determine a tal efecto y en la que se establezca el orden de prioridad con que cada solicitud será analizada de acuerdo a los criterios y parámetros que fije el citado Tribunal Previo a esta etapa, el solicitante podrá realizar consultas generales sobre el Programa de Clemencia así como sobre la disponibilidad de marcadores para la tramitación de una solicitud”.

Pero resulta que no hay norma, ni publicación alguna que indique donde y a quien, el eventual solicitante puede realizar consultas sobre el Programa de Clemencia o sobre la disponibilidad de marcadores para la tramitación de una solicitud. Por lo que tendría que ir a la mesa de entradas y preguntar allí, perdiendo toda confidencialidad.

Continúa la reglamentación:

”b) Solicitud del beneficio: durante esta etapa el solicitante deberá realizar la presentación formal de la solicitud de acogimiento al beneficio, entregar al Tribunal de Defensa de la Competencia toda aquella información, documentación y elementos de prueba que este

le requiera a efectos de determinar la existencia de las prácticas previstas en el art. 2º de la ley 27.442.

c) Calificación preliminar del beneficio: durante esta etapa se evaluarán los antecedentes presentados por el solicitante y otorgará un beneficio condicional de exoneración o reducción de sanción, según corresponda, pudiendo asimismo solicitar la presentación de antecedentes adicionales, así como todas las aclaraciones que estime pertinentes a efectos de determinar la existencia de las prácticas previstas en el art. 2º de la ley 27.442. El beneficio condicional estará sujeto a condición suspensiva, sujeta al deber del solicitante de prestar plena colaboración a lo largo de todo el procedimiento.

d) Otorgamiento definitivo del beneficio: durante la presente etapa el Tribunal de Defensa de la Competencia resolverá sobre el otorgamiento del beneficio definitivo, previa valoración de la información y elementos de prueba aportados por el solicitante a lo largo del procedimiento, así como del cumplimiento por parte del solicitante del deber de colaboración y cooperación exigidos para determinar la existencia de la práctica anticompetitiva durante todo el procedimiento. La falta de cumplimiento al deber de cooperación establecido en el art. 60, inc. a) apart. 3 de la ley 27.442 será causal suficiente para rechazar el otorgamiento del beneficio definitivo.

El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá establecer plazos para cada una de las etapas sucesivas, debiendo establecer, asimismo, las condiciones y requisitos necesarios para avanzar a lo largo del procedimiento.

El Tribunal de Defensa de la Competencia regulará los procedimientos y mecanismos aquí establecidos”.

Cabe consignar que la CNDC ha presentado un proyecto de reglamentación de los programas de clemencia para la consideración de la comunidad, pero en el mismo no se solucionaban ninguna de las inquietudes o problemas que estoy mencionando, sino por el contrario, se mantiene a la CNDC, sin indicar funcionario específico ni oficina particular alguna para el tratamiento de todos estos temas.

II.7. Requisitos para la obtención del beneficio del programa de clemencia

Establece el cuarto párrafo del art. 60: “Para que el beneficio resulte aplicable, quien lo solicite deberá cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos a continuación, conforme corresponda:

”a) Exención

”1. En el supuesto que el Tribunal de Defensa de la Competencia no cuente con información o no haya iniciado previamente una investigación, sea el primero entre los involucrados en la conducta en suministrarla y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia ha iniciado previamente una investigación, pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud no cuenta con evidencia suficiente, sea el primero entre los involucrados en la conducta, en suministrar información y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica”.

Este requisito es conforme a las mejores prácticas internacionales. Al dar un mayor beneficio, como es la exención total de la multa, solo al primer postulante genera lo que se denomina una “carrera hasta la puerta”, dado que los miembros del cártel estarán incentivados para maximizar sus beneficios, al ser los primeros, no tener sanción y saber que los demás miembros serán sancionados.

Continúa estableciendo la ley los requisitos:

“2. Cese de forma inmediata con su accionar, realizando a tal fin las acciones necesarias para dar término a su participación en la práctica violatoria. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá solicitar al solicitante del beneficio establecido en el presente artículo que continúe con el accionar o conducta violatoria en aquellos casos en que lo estimare conveniente a efectos de preservar la investigación”.

Normalmente, con la información aportada por el primer postulante, la autoridad de aplicación procurará obtener pruebas que confirmen y acrediten la existencia, funcionamiento,

extensión e integrantes del cártel, para lo cual solicitará medidas compulsivas como allanamientos, entre otras, lo que puede llevar a determinar que convenga, en una primera instancia, y hasta que dichas medidas sean concretadas, que el postulante no deje de participar de las reuniones del cártel, o tenga una conducta que pueda llevar a los demás participantes a que adviertan de su incorporación al programa de clemencia, para que no destruyan u oculten las pruebas a recolectar.

“3. Desde el momento de la presentación de su solicitud y hasta la conclusión del procedimiento, coopere plena, continua y diligentemente con el Tribunal de Defensa de la Competencia”.

A su vez, el decreto reglamentario establece:

“III. Deber de colaboración

“A los efectos de lo establecido en el inc. a) apart. 3, del art. 60 de la citada ley 27.442, desde el momento de presentación de la solicitud de marcador y hasta el otorgamiento del beneficio definitivo, el solicitante deberá cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad nacional de la competencia actuando con la mayor diligencia posible y orientando sus esfuerzos a la efectividad de la investigación, instrucción, sanción y demás etapas procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia determinará el alcance del deber de colaboración aquí establecido.

“El incumplimiento por parte del solicitante del deber de colaboración, será causal suficiente para rechazar el otorgamiento del beneficio. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá rechazar el beneficio cuando advierta que la información y/o documentación aportada por el solicitante resulte falsa, incompleta, inexacta o inconducente”.

Este requisito hace a la eficiencia de la investigación y es exigido en todas las jurisdicciones.

4. No destruya, falsifique u oculte pruebas de la conducta anticompetitiva, ni lo hubiese hecho.

Lo mismo que el caso anterior, hace a la eficiencia de la investigación y sanción a los restantes miembros del cártel.

Cabe tener en cuenta, que dado que la eximición es solo de la sanción pecuniaria y no del deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados, las empresas pueden estar interesadas en ocultar o destruir ciertas pruebas que restrinjan su responsabilidad frente a los perjudicados.

5. No divulgue o hubiera divulgado o hecho pública su intención de acogerse al presente beneficio, a excepción que haya sido a otras autoridades de competencia.

Resulta claro que la divulgación haría fracasar la recolección de pruebas y la investigación en sí.

“b) Reducción:

“1. El que no dé cumplimiento con lo establecido en el punto a) 1 podrá, no obstante, obtener una reducción de entre el cincuenta por ciento (50%) y el veinte por ciento (20%) del máximo de la sanción que de otro modo le hubiese sido impuesta según el art. 55, inc. b), cuando aporte a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal de Defensa de la Competencia y satisfaga los restantes requisitos establecidos en el presente artículo”.

Es decir, que aun cuando no sean el primero en postularse al programa de clemencia, los demás integrantes del cártel podrán incorporarse a dicho programa, en búsqueda de una reducción de la multa.

El sentido de esta posibilidad está dado por la conveniencia para la investigación en asegurar pruebas que confirmen la presentación inicial, además de los beneficios que se obtienen por economía procesal, generados por el reconocimiento personal de la conducta anticompetitiva. Demás está decir que quien reconoce la conducta, no podrá recurrir la sanción al menos en cuanto a la determinación del carácter culpable.

“2. Con el fin de determinar el monto de la reducción el Tribunal de Defensa de la Competencia tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud”.

Con esto se genera una segunda “carrera hacia la puerta” lo que beneficiará el trámite del expediente y su resultado final.

“c) Beneficio complementario:

“La persona humana o jurídica que no dé cumplimiento con los requisitos previstos en el apartado a) para la conducta anticompetitiva bajo investigación, pero que durante la substanciación de la misma revele y reconozca una segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada y asimismo reúna respecto de esta última conducta los requisitos previstos en el apartado a) anteriormente referido se le otorgará adicionalmente a la exención de las sanciones establecidas en la presente ley respecto de esta segunda conducta, una reducción de un tercio (1/3) de la sanción o multa que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta”.

A su vez el decreto reglamentario establece: “Beneficio Complementario. El procedimiento que establezca el Tribunal de Defensa de la Competencia conforme lo establecido en la presente reglamentación será aplicable a los supuestos establecidos en el art. 60, incs. b) y c) de la ley 27.442. El procedimiento de solicitud de clemencia para quien revele una segunda y disímil conducta anticompetitiva, tramitará de manera independiente respecto de la primera conducta investigada.

La reducción adicional establecida en el precitado art. 60, inc. c) de la referida ley, será otorgada una vez obtenida la exención establecida en el inc. a) respecto de la segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada que el solicitante hubiera delatado”.

Este incentivo, denominado *amnesty plus* va en el mismo sentido del entendimiento de que resulta más provechoso para la sociedad en general que se descubran los cárteles lo más pronto posible, para que cesen sus efectos disvaliosos, aunque para ello se reduzca la sanción del infractor.

Cabe mencionar aquí, que uno de los proyectos considerados en el congreso, presentado por la Diputada Elisa Carrió (21) incluía en su Capítulo XX, un régimen de recompensa para la persona que hiciera la denuncia que resultara en una resolución definitiva de sanción. La re-

compensa sería porcentual entre un 1% y 20% de la sanción aplicada.

Existen en otras jurisdicciones, como ser el Reino Unido, un sistema de compensación a los administradores que se postulan en forma individual a un programa de clemencia, como para paliar los perjuicios que se le ocasionarían por perder su empleo y dificultades que podría tener en encontrar otro. Este es un instituto que habría que tener en cuenta para futuras modificaciones a la ley.

d) Confidencialidad y límites de exhibición de pruebas:

El Tribunal de Defensa de la Competencia mantendrá con carácter confidencial la identidad del que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo. Los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse conforme lo dispuesto bajo la presente ley, en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/o otros medios de prueba que hubieren sido aportados al Tribunal de Defensa de la Competencia por las personas humanas o jurídicas que se hubieren acogido formalmente a los beneficios de este artículo. La reglamentación de esta ley, establecerá el procedimiento conforme al cual deberá analizarse y resolverse la aplicación del beneficio previsto en este artículo.

Más arriba transcribí la reglamentación de este párrafo y destaqué la importancia de la confidencialidad para el éxito de la investigación, sobre todo hasta que se recojan las pruebas que acrediten la existencia, conformación, funcionamiento y extensión del cártel.

También expresé, que dicha garantía de confidencialidad es relevante para los postulantes al programa. No hay hasta el momento de escribir el presente, otra reglamentación que la del dec. 480/2018.

La extensión de dicha garantía en beneficio de los postulantes al programa, sobre todo en cuanto a la posibilidad de los jueces de exigir su exhibición es un tema delicado, cuya constitucionalidad entiendo podría ser cuestionada.

Si la interpretación que se le quiera dar a esa norma es tal que no se permita el uso de ese

(21) Expte. 2479-D-2016, www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2479-D-2016&tipo=LEY.

reconocimiento de la conducta ilícita, con su documentación y demás elementos que pudieran servir para acreditar en nexo causal y la extensión del daño en procesos tendientes a reclamar los daños y perjuicios, entiendo que no tendría sostén constitucional ni ético. El Estado no puede resguardar las pruebas que permitan acreditar la verdad para que se haga justicia.

Ello no quita que cierta documentación y/o información competitivamente sensible, que no sea necesaria para la acreditación del nexo causal y extensión del daño causado, cuya divulgación pudiera afectar el funcionamiento competitivo del postulante, o pertenezca a la esfera de sus secretos industriales/comerciales, no puedan ser declarados confidenciales y resguardados. Habrá que estar a la correcta interpretación en cada caso.

En el caso que el Tribunal de Defensa de la Competencia rechazara la solicitud de acogimiento al beneficio del presente artículo, dicha solicitud no podrá ser considerada como el reconocimiento o confesión del solicitante de ilicitud de la conducta informada o de las cuestiones de hecho relatadas.

La información y prueba obtenida en el marco de una solicitud rechazada no podrá ser utilizada por la Autoridad Nacional de la Competencia. No podrán divulgarse las solicitudes rechazadas.

Esta garantía hace a la esencia de los programas de clemencia.

Si en la práctica, los eventuales postulantes tienen la mínima sospecha de que podría ocurrir que ante su presentación al programa, luego de revelar la existencia del cártel, la autoridad de aplicación podría rechazar esa solicitud y aprovechar la información recibida que no tenía con anterioridad, entonces no se presentará y el sistema no funcionará.

La previsibilidad y certeza de cómo será llevado a cabo el procedimiento es fundamental para generar la confianza necesaria en el sistema, como para que un eventual postulante se presente.

Por ello remarqué que no genera confianza alguna, que la presentación deba realizarse ante la mesa de entradas general del organismo.

Por ello es necesario que existan canales claramente determinados y exclusivos para realizar consultas sobre la disponibilidad de un marcador en primer lugar.

Además, deberían poder realizarse ante un funcionario con dedicación exclusiva y con un reconocimiento tal que genere la confianza suficiente en la comunidad, sobre como llevará adelante el proceso.

Tampoco deberían ser los miembros de la CNDC, léase vocales y presidente, quienes reciben esa consulta y/o atiendan al postulante en la primera etapa, porque esas mismas personas son las que deberán instruir la investigación y dictaminar en primer término sobre la responsabilidad del postulante.

Imaginemos que se deba rechazar una solicitud porque la CNDC ya se encuentra investigando el caso y considera que tiene pruebas suficientes para acreditar la existencia del cártel, pero recibe cierta información del postulante que no tenía respecto de su extensión, tanto en el tiempo, como geográfica y/o de sus participantes. ¿cómo harían dichos funcionarios para sacar de su mente la información recibida, para no tenerla en cuenta al momento de dictaminar?

Quedarían frente al dilema de no seguir la investigación para buscar pruebas que acrediten tal circunstancia, para cumplir con la norma legal que les prohíbe utilizar esa información en contra del postulante rechazado, o avanzar porque consideran que tarde temprano habría llegado a la misma información, generando de esta manera una desconfianza en el sistema que podría determinar su fracaso.

Para finalizar con este tema cabe mencionar que la reglamentación establece en el último párrafo del art. 60 lo siguiente: “Lo anterior no obsta la posibilidad de que la autoridad nacional de la competencia obtenga de parte del solicitante una dispensa expresa a fin de poder compartir dicha información con algún otro organismo del Estado o entidad extranjera o internacional”.

Ello se condice con las mejores prácticas internacionales, donde solo se admite el levanta-

miento de la confidencialidad en la etapa de investigación, con consentimiento del postulante, para coordinar con otras agencias las medidas a desarrollar.

Hay que tener en cuenta que en muchos casos los cárteles exceden el territorio de un país y la presentación se hace en forma simultánea en varias agencias. Si una de dichas agencias desarrollara por ejemplo un allanamiento antes que las de los demás países, alertaría sobre la investigación y se destruiría la prueba en esos otros países. Por ello desde los organismos internacionales como OCDE, ICN y UNCTAD se recomienda la cooperación y coordinación entre agencias de distintos países, en los casos de cárteles transnacionales.

Art. 61. — El acogimiento al beneficio de exención o reducción de las sanciones o multas, conforme corresponda, no podrá llevarse a cabo, conjuntamente por dos (2) o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada. No obstante lo expuesto, podrán acogerse conjuntamente la persona jurídica, sus directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción, siempre y cuando cumplan cada uno de ellos acumulativamente los requisitos plasmados en el art. 60 de la presente ley. El cumplimiento de los mismos será evaluado a los fines de la obtención del beneficio en forma particular.

Ocurrió en un caso, que todos los integrantes del cártel se presentaron en forma conjunta solicitando la exención total por ser todos los primeros en revelarlo. A ello se debe el primer párrafo de este artículo, que no tiene reglamentación por el dec. 480/2018.

Por otro lado, es normal que cuando se presenta una empresa a un programa de clemencia, lo hace conjuntamente con todos sus administradores y demás personas que pudieran ser responsabilizados por sus conductas.

También cada una de esas personas podría presentarse individualmente al programa para revelar el cártel y en ese caso no se eximiría totalmente a la empresa porque no es la primera,

pero la experiencia internacional indica que por lo general, cuando un funcionario de una empresa desea presentarse a un programa de clemencia, lo comunica a la empresa, y, ante tal circunstancia, termina presentándose la empresa conjuntamente con todos sus administradores, por ello la importancia de la responsabilidad personal de los administradores, que potencian la inestabilidad de los cárteles.

Aquellas personas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumplen con los términos establecidos en las disposiciones de este capítulo, quedarán exentas de las sanciones previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas.

Esa incorporación a mi criterio es un gran acierto, ya que si bien hasta el presente no se conoce condena alguna por los tipos penales de los artículos referenciados, en cuanto a conductas anticompetitivas, la existencia de los mismos genera intranquilidad y quita certeza sobre las consecuencias de la incorporación al programa.

De hecho, en Chile se generó un conflicto porque más allá del trámite de un expediente por ante las autoridades de defensa de la competencia, se abrió otro en la justicia penal por una norma muy parecida a las de nuestro Cód. Penal.

II.8. Incremento de las sanciones. Herramientas para su justa determinación

Establece el art. 5° inc. b), del art. 55: “Aquellos que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el art. 8° del Capítulo III, serán sancionados con una multa de (i) hasta el treinta por ciento (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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (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

(ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según los dos criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), se aplicará la multa de mayor valor. En caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones (200.000.000) de unidades móviles. A los fines del punto (i) la fracción mayor a seis (6) meses de duración de la conducta se considerará como un (1) año completo a los efectos del multiplicador de la multa. Los montos de las multas se duplicarán, para aquellos infractores que durante los últimos diez (10) años hubieran sido condenados previamente por infracciones anticompetitivas;”

La elevación de las eventuales sanciones a los infractores de las normas de defensa de la competencia es otra de las buenas noticias de la nueva ley.

Resulta también esencial al funcionamiento de un programa de clemencia, que los eventuales postulantes sepan que su incorporación al sistema les ahorrará una multa, que cuanto más grave pueda llegar a ser, mayor será su predisposición para presentar su solicitud.

Si bien entiendo que el primer tope a la multa resulta bajo, dado que presupone que el beneficio ilícito obtenido es menor al 30% del volumen de negocios comprometido en la conducta, o dicho de otro modo, que el sobreprecio es menor al 30% por encima del precio de mercado, siendo que a mi entender en muchos casos la realidad indica que es muy superior, si encuentro atinado que la sanción se extienda “hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido”, que a mi criterio es el parámetro más equilibrado de la ley, ya que no encuentra topes donde no debería haberlos, máxime cuando se refiere al beneficio obtenido por el infractor.

Cualquier tope que pueda limitar una multa a una suma inferior al beneficio obtenido por un hecho ilícito, lo que hace es incentivar a que se cometa ese hecho ilícito.

Se agrega como nueva sanción en el inc. e): “El Tribunal de Defensa de la Competencia po-

drá incluir la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables por hasta cinco (5) años. En los casos previstos en el art. 2º, inc. d) de la presente ley, la exclusión podrá ser de hasta ocho (8) años”, lo que resulta plausible.

Hay quien entendió como una “falla en la nueva Ley de Competencia” (22) que en el programa de clemencia no se hubiera previsto la exención de esta penalidad a quien se postule al mismo, considerando que para las empresas cuya principal fuente de ingreso son los contratos de gobierno (p. ej. empresas constructoras), la incertidumbre respecto a si podrían quedar expuestos a dichas sanciones definitivamente serviría para desincentivar la confesión de su participación en un cártel.

También es muy valioso que los montos de las sanciones, tanto en el caso del inc. b) como en el del inc. d) del art. 55, y demás valores de la ley, sean establecidos en unidades de medida que de alguna manera sigan las variaciones inflacionarias.

Esto evita no solo que no se deba modificar la ley cada vez que sus cifras queden desactualizadas, sino además, en el caso de las sanciones, que las mismas no se licúen por el paso del tiempo mientras se plantean, analizan y resuelven los recursos que se puedan llegar a interponer sobre las mismas.

II.9. Sanciones a los administradores

Establece el art. 58 en su primer párrafo: “Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona jurídica, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”.

(22) Rossi, Federico, “La nueva Ley de Competencia en Argentina: modernización del régimen de competencia argentino”, *Competition Policy International*, 21/5/2018, p. 14, nota 47. www.competitionpolicyinternational.com/feed-items/la-nueva-ley-de-competencia-en-argentina-modernizacion-del-regimen-de-competencia-argentino/.

Esta redacción no se ajusta a las mejores prácticas internacionales.

Si la multa que se aplica es una sola, al ser cancelada por la persona jurídica ya no podrá ser exigida a ninguna persona humana, lo que permite que la empresa pueda “garantizar” o mantener indemnes a sus administradores.

Por eso en el anteproyecto de clemencia de la CNDC, aprobado por la misma en el año 2010, se modificaba donde decía: “la multa también se aplicará solidariamente a los directores,...” por “se podrán aplicar multas en forma solidaria a los directores...”

Además se prohibía que la persona jurídica pague las multas de las personas humanas (23). De esta manera, se generaban más incentivos a los administradores para que exijan a las empresas a presentarse en programas de clemencia, según la experiencia internacional.

II.10. Reparación de daños

En cuanto a la reparación de daños y perjuicios, solo me referiré a lo relacionado con los programas de clemencia.

Resultar novedoso lo establecido en el art. 65, al establecer: “Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. Según corresponda, podrán eximir o reducir su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios a los que se refiere el presente capítulo, aquellas personas humanas o jurídicas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo el Capítulo VIII de la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumple con los términos establecidos en las disposiciones de dicho Capítulo VIII.

Como única excepción a esta regla, el beneficiario del programa de clemencia dispuesto bajo el Capítulo VIII será responsable solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) otras partes perjudi-

cadas, únicamente cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma infracción a las normas de la presente ley”.

Podría llegar a intentar sostenerse que este último párrafo es cuestionable constitucionalmente, por la eventual afectación a la reparación integral del daño, pero bien entendido y aplicado, considero que no existiría tal afectación, sino simplemente un beneficio de excusión para el merecedor del programa de clemencia, que en definitiva contribuyó a descubrir la conducta ilícita, y su consecuente reparación.

II.11. Apelaciones

En cuanto a las apelaciones se agrega como inc. e) al art. 66 que determina qué resoluciones son susceptibles del recurso de apelación: “El rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia establecido en el Capítulo VIII de la presente ley;”

Cabe advertir, que la experiencia internacional indica que, cuando una persona solicita su acogimiento al Régimen de Clemencia, las autoridades correspondientes deberán realizar los esfuerzos necesarios para que dicha solicitud pueda ser aceptada. Salvo el caso de que ya hubiera otro solicitante/s para la misma conducta para la exención total o el grado de avance y prueba del expediente no lo permita. Caso contrario, si se discute la aceptación al programa por cuestiones formales o procedimentales, se podría estar atentando contra la eficacia del instrumento, dejándolo sin utilidad por el descrédito que se generaría. Por ende, estos recursos deberían ser ínfimos, sino inexistentes.

II.12. Prescripción

En cuanto a la prescripción se aclaró en el primer párrafo del art. 72 que: “En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis”. Lo que se venía reconociendo jurisprudencialmente, pero es plausible su incorporación legal y aplicable sobre todo a casos de cárteles.

A las causales de interrupción de la prescripción de la ley 25.156, se agregan en el art. 73,

(23) El proyecto de Carrió referencia también incluía una disposición en este sentido.

inc. c), la presentación de la solicitud al beneficio de exención o reducción de la multa prevista en el art. 60, consecuentemente con la incorporación del instituto.

II.13. Novedades varias

En el Capítulo XIII de la ley se establecen distintas herramientas de fomento a la competencia.

Por el art. 86, se modifica la ley 24.284, estableciendo que a propuesta del Defensor del Pueblo, la Comisión Bicameral respectiva, designará a uno de los adjuntos como Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores. Dicho Defensor Adjunto 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.

Todas estas normas contribuirán a desarrollo de la abogacía de la competencia, fortaleciendo las condiciones para el efectivo funcionamiento del programa de clemencia.

III. Expectativas sobre la aplicación de la nueva normativa

Como expresé a lo largo del presente, la legislación argentina necesitaba dar respuesta a necesidad de contar con nuevas herramientas para el descubrimiento de cárteles cuyo accionar se fue sofisticando con el paso del tiempo, así como armonizar sus normas con la legislación de los países vecinos y las principales economías mundiales, considerando el funcionamiento de los mercados en forma cada vez más global.

Estas cuestiones encontraron respuesta en la nueva normativa, que más allá de algunas particularidades que podrían mejorarla, como se señaló en cada caso, resultan *a priori* plausibles.

Es decir, las autoridades de defensa de la competencia cuentan ahora con las herramientas adecuadas para descubrir, investigar y sancionar a los cárteles.

Especial mención merece la correcta aplicación de las normas sancionadas, ya que de lo contrario podrían desnaturalizar las herra-

mientas brindadas, perjudicando su eficacia para el futuro.

Resulta fundamental la adecuada implementación de los Programas de Clemencia, cuyas garantías de transparencia, previsibilidad, profesionalismo y objetividad, están en juego en este momento.

Ello conlleva a la necesidad imperiosa del concreto establecimiento de una autoridad independiente, tanto de los intereses políticos como empresarios, por lo cual abogo por la pronta instrumentación de los procesos concursales para la elección de sus miembros, en procesos transparentes y rápidos.

Asimismo entiendo que dicha autoridad, debería dedicar la mayor cantidad de recursos posibles en su “abogacía de la competencia”, dado que la difusión y entendimiento por parte de la comunidad toda, sobre los beneficios de la competencia en los mercados y la correcta aplicación de su normativa, es la que asegurará su verdadera independencia.

Cabe consignar que las condiciones culturales y socio económicas que vivimos hoy en la Argentina son muy aptas para el correcto funcionamiento de los programas de clemencia.

En el marco de aplicación de la denominada “ley del arrepentido”, ley 27.304, que si bien hace referencia a otro tipo de ilícitos, pero incluye a “los delitos de corrupción” que muchas veces tienen relación con conductas sancionadas por las normas de defensa de la competencia, sobre todo en lo que se relaciona en cuanto a las licitaciones públicas del Estado, se está llevando a cabo una investigación inédita por su magnitud y alcances que no dejan de sorprender.

Un importante empresario, presidente de la cámara de la construcción durante el período investigado, habría reconocido judicialmente, además del pago de retornos, la existencia de un “club de la obra pública” que no sería otra cosa que un cártel de la construcción, donde se repartirían entre las empresas, la asignación de las distintas obras licitadas por el Estado.

Entiendo que las autoridades vigentes de defensa de la competencia ya habrán solicitado

testimonios al juez de la causa, para investigar dichas conductas desde su esfera de actuación.

Cabe recordar que el segundo párrafo del art. 1º de la ley 27.442 establece que: “Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas”.

Dado que ese “club de la obra pública” habría funcionado al menos hasta fines de 2015, no cabría la prescripción, que es de 5 años

desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis, en los casos de conductas continuas como sería este caso (art. 72 de la ley 27.442, debiendo darse la misma interpretación al art. 54 de la ley 25.156).

Asimismo, habiendo arrepentidos en la causa por “delitos de corrupción”, podría ser el primer caso de aplicación al programa de clemencia de la ley de defensa de la competencia, por los mismos arrepentidos. Habrá que estar a la altura de las circunstancias.

La economía de los Programas de Clemencia

MARINA BIDART (*) Y DIEGO PETRECOLLA (**)

I. Introducción

Un cártel consiste en un acuerdo entre dos o más competidores con el objetivo de aumentar sus beneficios a través de la manipulación del mercado, reduciendo o eliminando la competencia. La acción colusoria primordial de un cártel es el aumento concertado de los precios. Sin embargo, los comportamientos pueden incluir otras actividades como acordar niveles de producción, asignar cuotas de mercado, delimitar territorios de ventas, repartir clientes o licitaciones, impedir el ingreso de nuevas empresas y evitar la expansión de empresas que no pertenecen al cártel.

La participación de empresas en cárteles es la conducta anticompetitiva por excelencia, existiendo un amplio consenso respecto a los efectos nocivos que los cárteles tienen sobre la asignación de recursos y el bienestar de los consumidores. De ahí que los cárteles sean san-

cionados por la ley con la imposición de multas rigurosas que ejercen efectos disuasorios de tales conductas.

En los países con una cultura de la competencia y una historia de aplicación de la legislación de competencia débiles como la Argentina, existen ocasiones en que la autoridad de competencia accede con relativa facilidad a evidencias directas de acuerdos de precios, obrantes en la documentación pública o cuasi pública de las organizaciones representativas de los agentes económicos involucrados, como han sido los casos recientemente sancionados por la CNDC de las farmacias en la Provincia de Tucumán (1) o las clínicas y sanatorios en la Provincia de Salta (2). En otras ocasiones como los casos de oxígeno líquido (3) o de gelatinas medicinales (4), el acceso a evidencias directas fue más difícil, habiéndose realizado procedimientos sorprendidos de secuestro de documen-

(*) Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia desde 2016, profesora en la Universidad de Buenos Aires (UBA) desde 2000, Master en Economía de Gobierno (Universidad de San Andrés-ISEG), Master en Desarrollo Local y Pymes (Universidad de Bologna), Lic. en Ciencia Política (UBA). Agente de la Administración Pública Nacional desde 1995 a la actualidad. Consultora independiente 2004/2015.

(**) Presidente de GPR Economía y Profesor en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires. Ph. D en Economía y Master por la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign y Licenciado en Economía por la Universidad Católica Argentina. Entre 1996 y 2001 fue Economista Jefe, Vocal y Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

(1) Expte. nro. S01:0057194/2013. "Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/ infracción ley 25.156" (C. 1462). Dictamen CNDC 7/11/2017. Res. SECO M 47 del 23/1/2018.

(2) "Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de Salta, Círculo Médico de Salta y otros s/infracción ley 25.156 (C.1440)". Dictamen CNDC 25/7/2017. Res. SECOM 598 del 31/7/2017.

(3) "Oxígeno líquido" (C. 697). Dictamen CNDC 7/8/2005. Res. SCT 119 del 7/15/2005. Agentes sancionados: Praxair Argentina SA, Air Liquide Argentina SA, Messer Argentina SA, AGA SA, Indura Argentina SA.

(4) "Anticorrupción s/solicitud de intervención CNDC (C.1142)". Dictamen CNDC del 2/11/2015. Res. SECOM 105 del 4/12/2015.

tación existente en las instalaciones de diversos agentes económicos.

Sin embargo, a medida que la cultura de la competencia se desarrolla y las leyes de competencia se aplican con severidad y continuidad, la experiencia muestra que resulta sumamente difícil encontrar las pruebas que incriminen a los miembros de un cártel debido a que sus actividades pasan a desarrollarse con un alto nivel de secreto y evitando producir evidencias potencialmente incriminatorias. Por ello en las jurisdicciones más avanzadas en la materia y recientemente en varios países de Latinoamérica se han establecido los denominados “Programas de Clemencia”, también conocidos como “Leniency Programs”, como un instrumento central para detectar comportamientos cartelizados y obtener las pruebas necesarias para sancionarlos.

Dado que la detección y el castigo de los cárteles es una prioridad de las autoridades de competencia, para muchas autoridades los Programas de Clemencia se han convertido en la herramienta de detección más importante. El porcentaje de casos de cártel detectados mediante solicitudes de clemencia que surge de una encuesta entre las autoridades de competencia realizada por la OECD en 2017 ha sido de entre 45-55% para países como Canadá, Chile, Alemania, Corea y Nueva Zelanda y hasta de 80% para la Unión Europea. En Estados Unidos, más del 90% de las sanciones impuestas por el Departamento de Justicia se vinculó con solicitudes de clemencia (5).

El primer programa de clemencia fue adoptado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1978 y revisado en 1993. La Unión Europea introdujo su programa 1996, el cual fue revisado sucesivamente en 2002 y 2006. Luego el régimen fue implementado en Gran Bretaña y Alemania en el año 2000 y sucesivamente se ha ido extendiendo a todos los países miembros de la OCDE. En América Latina, se han implementado Programas de Clemencia en México, Chile y Brasil. Actualmente este tipo

(5) ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, “Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat”, 2018, DAF/COMP/WP3, 1/6/2018.

de programas son una característica estándar de la legislación de defensa de la competencia en todo el mundo.

Los Programas de Clemencia en general no han sido impugnados con éxito en sede judicial y se han mantenido. Por ejemplo, el Tribunal General Europeo ha sostenido que el programa no viola el derecho de las partes contra la auto-incriminación porque la solicitud de clemencia es un acto puramente voluntario, que no puede considerarse impuesto por la autoridad. Tampoco el programa impide al solicitante impugnar los hechos y las inferencias que la autoridad extrae de la información que ha aportado (6).

Uno de los desafíos más importantes que enfrentan las autoridades de competencia en este campo es la coordinación inter jurisdiccional cuando se encuentran involucrados cárteles internacionales, por lo cual pueden producirse solicitudes de clemencia en distintas jurisdicciones de modo más o menos simultáneo.

Con la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (7) sancionada en 2018, la Argentina se suma a dichas jurisdicciones. Cabe destacar que la iniciativa tiene su primer origen en diciembre de 2010, cuando la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) aprobó mediante res. CNDC 157 un anteproyecto de ley dirigido a instaurar un programa de clemencia, que seguía en términos generales los lineamientos del programa español (8). Sin embargo el anteproyecto no prosperó y tampoco fue incluido en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional en 2014 que modificó aspectos sustanciales de la ley (9). En cambio la propuesta de incorporar un programa de clemencia a la ley llegó por vez primera al parlamento en un proyecto de reforma de la ley presentado por un

(6) OECD (2018). Ob. cit. Refiriendo a la jurisprudencia sentada en el caso europeo T-138/07 Schindler Holding y otros/Comisión.

(7) Ley 27.442. BO del 15/5/2018. Nro.: 33870, p. 3.

(8) PETRECOLLA, D. - GRAFF, Cynthia (colab.), “Los Programas de Clemencia”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Competencia*, año II, nro. 3, La Ley, junio 2011.

(9) Ley 26.993, BO del 19/9/2014.

diputado de la oposición (10) como alternativa al referido proyecto oficial. Finalmente en 2018 el programa de clemencia encuentra su acogida definitiva en los arts. 60, 61 y 65 (párr. 2º) de la nueva Ley de Competencia 27.442, que se encuentran en proceso de reglamentación. No obstante, a partir del 23 de mayo de 2018 ya es posible aplicar al programa, siendo que a tal fin la CNDC ha publicado en su página en internet las siguientes indicaciones básicas.

Postulación al “Programa de Clemencia”

En virtud de la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, a partir del día 24/5, se informa que la solicitud de marcador (arts. 60 y 61) deberá presentarse en Bartolomé Mitre 430, Piso 7, CABA, en el horario de 9:30 a 13:30 hs.

La solicitud deberá contener:

- a) Nombre, apellido y domicilio del solicitante. En caso de apoderados, deberán contar con un Poder General
- b) Nombre, apellido y domicilio de los demás integrantes/participantes de la conducta
- c) Descripción general de la conducta y el mercado
- d) Duración estimada del acuerdo.
- e) Extensión geográfica aproximada en la que se desarrolló, se desarrolla, o considera que podría ocasionar efectos la conducta anticompetitiva.

Fecha y hora de ingreso son registradas por la Mesa de Entradas de CNDC (11).

II. La economía de los Programas de Clemencia

Si bien los programas difieren de una jurisdicción a otra, la mayoría comparten ciertas

(10) Proyecto del Diputado Martín Lousteau. Expte. 7288-D-2014. Sumario: Defensa y Promoción de la Competencia; Régimen, Tribunal Nacional de la Defensa de la Competencia. Creación, derogación de la ley 25.156. Fecha: 16/9/2014.

(11) <https://www.argentina.gob.ar/noticias/postulacion-al-programa-de-clemencia>.

características comunes que incluyen, entre otros: i) *first through the door*, que significa que la inmunidad total solo se concede al primer miembro del cártel que delata; ii) sanciones reducidas para los siguientes solicitantes, iii) un sistema de marcadores que le permite al solicitante reservar el primer lugar en la cola mientras provee toda la información y documentación requeridas; iv) el requisito de divulgar completamente la evidencia e información relevante sobre el funcionamiento del cártel, y v) el requisito cooperar total y continuamente a lo largo de toda la investigación y hasta la sanción del cártel denunciado (12).

La aplicación de los Programas de Clemencia presenta tres objetivos principales: detectar la presencia de un cártel, disuadir su formación e incrementar la eficacia de la aplicación de la norma.

- **Detección:** Probablemente el objetivo fundamental de la introducción de los Programas de Clemencia consiste en la detección de cárteles. Cuando los agentes miembros de un cártel son conscientes de la ilegalidad del mismo, realizan grandes esfuerzos para ocultar sus actividades. Un programa de clemencia aumenta la probabilidad de detección y castigo efectivo de los cárteles ocultos. Ayuda a descubrir cárteles que de otra manera no se detectarían y desestabiliza los cárteles existentes.
- **Disuasión:** Al momento de definir su participación dentro de un cártel las empresas consideran la posibilidad de ser detectado y sancionado. Es probable que se abstengan si existe una gran probabilidad de que un cártel sea detectado y sancionado con multas significativas. Las compañías racionales consideran si sus ganancias esperadas del cártel son más altas que la multa esperada.
- **Mayor eficacia en el cumplimiento:** Los Programas de Clemencia proporcionan a la autoridad antitrust de una herramienta de

(12) OECD (2018), ob. cit.; International Competition Network - ICN. Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2. Drafting and implementing an effective leniency policy. ICN CWG Subgroup 2: Enforcement Techniques. Abril 2014.

bajo costo para la detección de cárteles, al lograr que los solicitantes de clemencia se reporten a sí mismos. De esta manera, se reduce la dificultad, el tiempo y los costos administrativos de recopilar información sobre las actividades de un cártel.

A efectos de maximizar las ganancias conjuntas a expensas del bienestar del consumidor los cárteles desarrollan actividades específicas y por ello presentan varias características singulares.

En primer lugar, la consolidación de un cártel depende de la capacidad de los miembros de supervisar el cumplimiento de los términos acordados, estableciendo mecanismos de penalización para quien no los cumpliera. De tal forma, las empresas deben poder amenazar, de forma creíble, con reaccionar recortando los precios frente al incumplimiento de algún miembro del cártel o alguna otra medida contundente para disuadir el incumplimiento.

Por otro lado, uno de los principales problemas de la implementación de un cártel reside en la dificultad para garantizar el cumplimiento de acuerdos que no pueden asumir materialmente la forma de acuerdos explícitos bajo el sistema legal. De esta manera, las consideraciones reputacionales y los contratos implícitos toman relevancia.

Cuando una empresa considera unirse a un cártel, hay tres preguntas principales que aborda: cuál es la ganancia colusoria, cuál es la probabilidad de ser atrapado y condenado y cuál es el castigo si es declarado culpable. Las empresas tienen un incentivo a integrar el cártel si el beneficio de la colusión es mayor que el riesgo y la gravedad del castigo. Por lo tanto, las autoridades de competencia buscan aumentar la probabilidad de detección y castigo (multas o incluso prisión) para maximizar la disuasión de los cárteles.

Es decir, para evitar la formación de cárteles, las autoridades antitrust procuran impactar sobre la rentabilidad y estabilidad de los mismos. Enfatizando principalmente el rol que cumple la confianza en este tipo de acuerdos, así como la posibilidad de deteriorarla aumentando así la probabilidad de que una de las empresas denuncie la existencia del cártel.

Como se mencionó, sostener la cooperación entre los miembros de un cártel requiere un cierto grado de confianza. Con base en ello, las autoridades de competencia persiguen la cartelización buscando condicionar los incentivos de las partes para que, finalmente, se enfrenten entre sí. Esta es la idea detrás de los Programas de Clemencia, garantizar que los miembros del cártel se encuentren en una situación lo más parecida posible al *dilema del prisionero* (13). De esta forma todos los integrantes temerán que un miembro se adelante y reporte la existencia del cártel para asegurarse la inmunidad o reducción significativa de la multa, a expensas de sanciones mayores para los restantes participantes. Potencialmente, los Programas de Clemencia logran socavar la confianza entre los miembros del cártel, elemento crucial y cohesivo que mantiene operando a los cárteles (14).

Asimismo, al aumentar el riesgo de que uno de los integrantes denuncie unilateralmente para así gozar del beneficio de la indulgencia, los Programas de Clemencia ayudan a prevenir la formación de cárteles dado que la colusión se convierte en algo más difícil de mantener debido a la mayor incertidumbre (15).

Entonces, el problema principal con respecto al diseño óptimo de los Programas de Clemencia radica en cómo extraer esta información libremente disponible de los miembros del cártel (16).

(13) Los agentes involucrados en un cártel se encuentran en una situación de dilema del prisionero aun sin los Programas de Clemencia, ya que cada uno de ellos puede traicionar el acuerdo y obtener ganancias por ello. Sin embargo, por lo general, los acuerdos ilegales pueden ser sostenidos por fuerzas reputacionales. Lo que los Programas de Clemencia pueden hacer es cambiar los pagos en este juego dinámico, de modo que la elección entre colusión o desvío e informar se vea similar a la del *dilema de prisionero*. HAMMOND, S., *Cracking Cartels With Leniency Programs*, Antitrust Division, US Department of Justice, OECD Competition Committee, 2005. <https://www.justice.gov/atr/file/517846/download>.

(14) SPAGNOLO, G., *Divide et impera: Optimal leniency programs*, CEPR discussion papers 4840, 2004.

(15) MOTTA, M. - POLO, M., *Leniency Programs and Cartel Prosecution*. *International Journal of Industrial Organization*, 21(3), 2003, ps. 347-379.

(16) NICOLAU, Joana, *The effectiveness of Leniency Programs on Cartel Prosecution: An Economic Analysis of the European Case*. Dissertation submitted in partial fulfillment of requirements for the degree MSc in Economics

Hay varias dimensiones sobre las que se puede diseñar un programa de clemencia. Su definición tiene un papel importante que determina la efectividad del programa para disuadir y detectar cárteles. Una dimensión es el momento en que comienza la cooperación: antes de que se abra una investigación o después de que haya comenzado la investigación formal. El orden temporal de los informantes, su comportamiento durante y después de la investigación y su papel en el acuerdo colutorio (miembros más relevantes o socios menores). A su vez, la cuestión de la reincidencia también se aborda en el diseño de los Programas de Clemencia, así como si las normas vigentes implican responsabilidad personal o solo corporativa. Otra dimensión crucial es el diseño de reducciones o recompensas positivas.

A continuación se muestran algunas de estas principales problemáticas, según se han presentado en la experiencia comparada reciente en aquellas jurisdicciones en las cuales los Programas de Clemencia ya han sido aplicados.

III. Casos seleccionados

A continuación se presentan una serie de casos seleccionados en la Unión Europea, Estados Unidos, México, Brasil, Colombia, Perú y Chile que afectan las mismas industrias o empresas, lo cual permite poner en relieve las cuestiones en que dichas jurisdicciones se parecen y difieren, en lo relativo a la economía de sus Programas de Clemencia.

IV. Comisión Europea

En 2016, Eric Van Ginderachter, director de Cárteles de la Comisión Europea (CE) informó que alrededor del 70%-75% de los casos de cartel han sido detectados mediante el programa de clemencia (17).

En febrero de 2018, la CE comunicó tres decisiones (18), por las cuales ha multado a cuatro

compañías navieras transportadoras de automóviles, dos proveedores de bujías y dos proveedores de sistemas de frenado. Las investigaciones contaron todas con varias empresas que solicitaron clemencia y obtuvieron reducciones significativas de multas, habiéndose tenido en consideración el momento en que comenzaron a cooperar y la importancia de las pruebas proporcionadas para acreditar la existencia y *modus operandi* del cartel (19). Todas las empresas admitieron su participación y responsabilidad, por lo que recibieron una reducción adicional del 10%, en el marco de los denominados "procedimientos de transacción" (*settlement procedures*) (20). El régimen de sanciones de la UE no contempla sanciones pecuniarias o de prisión para individuos, motivo por el cual no ha habido en la UE ejecutivos sancionados.

Respecto de estas decisiones, la Comisionada Vestager (a cargo de la política de competencia de la CE) dijo: que "Al elevar los precios de los autopartes o los costos de transporte de los automóviles, los cárteles en definitiva perjudicaron a los consumidores europeos y afectaron negativamente a la competitividad del sector automotriz europeo, que emplea a alrededor de 12 millones de personas en la UE".

Se destaca que las decisiones son parte de una serie de investigaciones importantes sobre cárteles de autopartes, donde ya se han detectado y multado a los proveedores de cojinetes, arneses de cables, espuma flexible para asientos, calentadores en automóviles y camiones, alternadores y arrancadores, sistemas de aire acondicionado y de refrigeración del motor, sistemas de iluminación y sistemas de seguridad para pasajeros.

three separate cartel settlements. European Commission Press Release, IP/18/962, 21/2/2018.

(19) Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel. Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. La norma es de 2006 y fue modificada en 2008.

(20) Reglamento (CE) nro. 622/2008 de la Comisión del 30/6/2008 por el que se modifica el Reglamento (CE) nro. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cartel. Commission Regulation (EC) nro. 622/2008 of 30/6/2008 amending Regulation (EC) nro. 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases.

at Universidade Católica Portuguesa, September 2015. WILS, W., *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years*, World Competition: Law and Economics Review, vol. 39/3, 2016, ps. 327-388.

(17) "Antitrust regulators depend on leniency regimes to detect cartels - Tokyo Cartel Workshop", 5/2/2016.

(18) Antitrust: Commission fines maritime car carriers and car parts suppliers a total of €546 million in

IV.1. *Cártel de compañías navieras de transporte de rodado (buques “ro-ro”)*

La CE descubrió que las compañías navieras CSAV (Chile), “K” Line, MOL y NYK (los tres de Japón), y WWL-EUKOR (Noruega) participaron en un cártel sobre transporte marítimo intercontinental (en buques conocidos como “ro-ro” (21)) de automóviles nuevos, camiones y otros vehículos grandes como cosechadoras y tractores vehículos en varias rutas entre Europa y otros continentes. Se impuso una multa total de 395 millones de euros.

La investigación comenzó con una solicitud de inmunidad presentada por MOL (Japón) que permitió conocer que durante casi 6 años, desde octubre de 2006 hasta septiembre de 2012, cinco navieras formaron un cártel en el mercado para el transporte en alta mar. Pudo acreditarse que los gerentes de ventas se reunían en sus oficinas, en bares, restaurantes o reuniones sociales y estaban en contacto por teléfono regularmente. Asimismo se pudo establecer específicamente que en esas ocasiones coordinaron los precios, asignaron clientes e intercambiaron información comercialmente sensible sobre componentes del precio, como los cargos y recargos que compensan las fluctuaciones del tipo de cambio o del petróleo. Los transportistas habían acordado mantener el *status quo* en el mercado y respetar

los negocios tradicionales de cada uno en ciertas rutas o con ciertos clientes, cotizando precios artificialmente altos o no cotizando en los llamados a licitación realizados por los fabricantes de vehículos.

El cártel afectó el comercio exterior de la UE: a los importadores, a los clientes finales y a los fabricantes de vehículos europeos que realizan exportaciones. En 2016, se importaron unos 3,4 millones de vehículos de motor de países no pertenecientes a la UE, mientras que la UE exportó más de 6,3 millones de vehículos a países no pertenecientes a la UE en 2016. Casi la mitad de estos vehículos fueron transportados por los transportistas que fueron multados. Las multas se calcularon en referencia al valor de las ventas de las participantes del cártel en las rutas hacia y desde el espacio económico europeo, la naturaleza y gravedad de la infracción, su alcance geográfico y su duración. Por su menor participación en la infracción, CSAV (Chile) obtuvo una reducción del 20% de la multa que le correspondía. MOL (Japón) recibió plena inmunidad (100% de reducción de la multa aplicable) por revelar la existencia del cártel, evitando así una multa de casi € 203 millones. Adicionalmente, también todas obtuvieron una reducción adicional del 10% en el marco de los procedimientos de transacción (*settlement*). Ver el detalle que se presenta en la siguiente tabla.

Tabla 1. Cártel de compañías navieras de transporte marítimo de rodados en Europa

Empresa	% de reducción por clemencia	% de reducción por <i>settlement</i>	Multa fijada (millones de euros)
MOL (Mitsui OSK Lines, Japón)	100%	10%	0,00
NYK (Nippon Yusen Kabushiki Kaisha, Japón)	20%	10%	141,82
“K” LINE (Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., Japón)	50%	10%	39,10
Wallenius Wilhelmsen Logistics (WWL, Noruega) + EUKOR (Eukor Car Carriers)	20%	10%	207,34

(21) Ro-Ro es un acrónimo del inglés *Roll On-Roll Off*, que denomina a los barcos y buques que transporta carga rodada.

Empresa	% de reducción por clemencia	% de reducción por <i>settlement</i>	Multa fijada (millones de euros)
CSAV (Compañía Sud Americana de Vapores SA, Chile)	25%	10%	7,03

Fuente: EC Press Release IP/18/962

IV.2. *Cártel de fabricantes de bujías*

Bosch (Alemania), Denso (Japón) y NGK (Japón) formaron un cártel para el suministro de bujías (dispositivos eléctricos que producen las chispas eléctricas para producir la combustión en los motores de los automóviles) a los fabricantes de automóviles establecidos en el espacio económico europeo (22). La investigación comenzó con una solicitud de inmunidad presentada por Denso (Japón). El cártel estuvo activo entre 2000 y 2011. Su objetivo era evitar la competencia respetando los clientes tradicionales de cada empresa y manteniendo el *status quo* existente en la industria. Las tres empresas intercambiaron información comercial sensible y, en algunos casos, acordaron los precios cotizados a ciertos clientes, la proporción de suministros a clientes específicos y el respeto de los derechos de suministro históricos. Esta coordinación se llevó a cabo a través de contac-

tos bilaterales entre Bosch y NGK, y entre Denso y NGK.

Las multas se calcularon sobre la base de las ventas de las empresas generadas por los fabricantes de automóviles con instalaciones de producción en el espacio económico europeo. También consideró la gravedad de la infracción, su alcance geográfico y su duración. Se aplicó una reducción de la multa del 10% para Bosch y Denso, para tener en cuenta su menor participación en la infracción. En virtud del programa de clemencia Denso recibió plena inmunidad por revelar la existencia del cártel, evitando así una multa de alrededor de 1 millón de euros. Bosch y NGK también se beneficiaron de la reducción de sus multas por su cooperación con la investigación. De conformidad con los procedimientos de transacción (*settlement*) todos obtuvieron una reducción de 10%. Ver detalle en la tabla que se presenta a continuación.

Tabla 2. Cártel de autopartes: bujías en Europa

Empresa	% de reducción por clemencia	% de reducción por <i>settlement</i>	Multa fijada (millones de euros)
Denso (Japón)	100%	10%	0,00
Bosch (Alemania)	28%	10%	45,83
NGK (Japón)	42%	10%	30,26

Fuente: EC Press Release IP/18/962

IV.3. *Fabricantes de sistemas de frenado*

En este caso, se descubrieron dos cárteles relativos a dos sistemas de frenado. El cártel sobre sistemas de frenado hidráulico (HBS) involu-

craba a TRW (EE.UU., ahora ZF TRW, Alemania), Bosch (Alemania) y Continental (Alemania). El cártel sobre sistemas electrónicos de frenado (EBS) involucraba a Bosch (Alemania) y Continental (Alemania). La investigación comenzó con una solicitud de inmunidad de TRW en relación con los frenos HBS y de Continental en relación con los frenos EBS.

(22) Los países miembros de la Unión Europea más Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia.

La Comisión impuso una multa total de € 75 millones. En ambos cárteles, los agentes apuntaban a coordinar su comportamiento mediante el intercambio de información sensible, incluso sobre elementos integrantes de los precios. La coordinación se realizaba a través de reuniones bilaterales y de conversaciones telefónicas o intercambios de correos electrónicos. Además, el cártel de frenos HBS —que duró de febrero de 2007 a marzo de 2011— incluía conversaciones sobre las condiciones de venta generales a dos clientes: Daimler y BMW. El cártel de los sistemas de frenado hidráulico HBS que duró desde septiembre de 2010 hasta julio de 2011, estuvo relacionado

con una licitación específica para frenos EBS de Volkswagen.

TRW (EE.UU. ahora Alemania) recibió inmunidad total por revelar el cártel de HBS, evitando una multa de casi 54 millones de euros. Continental (Alemania) recibió inmunidad por revelar el cártel de HBS, evitando una multa de casi € 22 millones y reducciones por cooperar en el cártel EBS. Bosch resultó multada en ambos casos, pero se benefició de reducciones de multas por cooperar. Además, conforme a los procedimientos de transacción (*settlement*) la Comisión aplicó una reducción de 10%. Ver detalle en las tablas siguientes.

Tabla 3. Cárteles de autopartes: sistema de frenado en Europa

Empresas frenos EBS	% de reducción por clemencia		% de reducción por <i>settlement</i>	Multa fijada (millones de euros)
	Caso compras de Daimler	Caso compras de BMW		
TRW (EE.UU. y AL)	100%	100%	10%	0,00
Bosch (AL)	35%	35%	10%	12,07
Continental (AL)	20%	100%	10%	44,00

Empresas frenos HBS	% de reducción por clemencia	% de reducción por <i>settlement</i>	Multa fijada (millones de euros)
Continental (AL)	100%	10%	0,00
Bosch (AL)	30%	10%	19,34

Fuente: EC Press Release IP/18/962

V. Estados Unidos, México y Brasil. Cártel de compañías navieras de rodados (23)

Estas tres jurisdicciones comparten la característica de que la normativa aplicable a los cárteles de núcleo duro (*hard core cartels*) incluye multas y prisión para las personas físicas implicadas. En las tres jurisdicciones se ha investi-

gado el cártel de las navieras de rodados sancionado en la UE. A continuación se muestran las singularidades de cada caso.

Estados Unidos. La investigación del cártel de las compañías navieras que transportan rodados ha sido realizada por Departamento de Justicia (DOJ), que ha sostenido la existencia de una única conspiración de escala global para fijar precios, manipular licitaciones y asignar mercados en el mercado de servicios marítimos internacionales para el envío de rodados [carga *roll-on* y *roll-off*(24)] desde y hacia los Estados

(23) Cabe destacar que también en Chile y a través del programa de clemencia se abordó el cártel de las compañías navieras de transporte de rodados. Compañía Sudamericana de Vapores SA (CSAV) recibió inmunidad total y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (NYK), una multa reducida. Las restantes empresas multadas han sido Eukor Car Carriers Inc., Compañía Chilena de Navegación Interoceánica SA, Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. y Mitsui OSK Lines Ltd. OECD (2016) DAF/COMP/LACF(2016)7.

(24) *Roll-on, roll-off* es una carga no contenerizada que puede ser rodada dentro y fuera de un buque oceánico. Incluye automóviles y camiones nuevos y usados, y equipos agrícolas y de construcción.

Unidos (particularmente el puerto de Baltimore y otros lugares). A 2017 cinco compañías y cuatro ejecutivos se habían declarado culpables y solicitado clemencia, obteniendo penas reducidas. Existen otros siete ejecutivos acusados prófugos (25).

El cártel habría estado operativo entre febrero de 2000 y al menos septiembre 2012. CSAV y el resto de las firmas habrían estado implicadas en una conspiración para, entre otros, acordar —mediante reuniones y comunicaciones— precios, reparto de clientes, abstenerse de pujar en licitaciones, intercambiar información de precios de los clientes. Como resultado, en consideración del DOJ, las navieras fijaron tarifas para los servicios de transporte marítimo internacional de ciertos rodados desde y hacia los EE.UU. en niveles colusivos y no competitivos.

En febrero de 2014 Compañía Sud Americana de Vapores SA “CSAV” (Chile) fue la primera en

solicitar clemencia y hasta septiembre de 2017 la han seguido: Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. “K-Line” (Japón), Nippon Yusen Kabushiki Kaisha “NYK” (Japón), Wallenius Wilhelmsen Logistics AS “WWL” (Noruega) y Høegh Autoliners AS (Noruega) (26). Las empresas han sido sentenciadas a pagar multas de entre USD 8,9 y USD 98,9 millones, cuando conforme a la *Sherman Act* la multa máxima es de hasta USD 100 millones o hasta el doble del beneficio ilícito obtenido o el doble de las pérdidas provocadas a las víctimas, si alguno de esos valores supera el precio máximo de 100 millones. Asimismo a 2017 un total de 11 ejecutivos han sido acusados (ninguno de ellos ciudadano estadounidense), algunos se han declarado culpables y han obtenido multas y penas de prisión reducidas (entre 14 y 18 meses). Las penas máximas para individuos son de hasta 10 años de prisión y 1 millón de USD, valor que puede incrementarse al doble del beneficio obtenido o daño producido, si es mayor. Ver detalle en la tabla que sigue.

Tabla 4. Cártel de compañías navieras de transporte de rodados (buques RoRo) en EE.UU.

Empresas investigadas y momento en que solicitan clemencia		MULTA ACORDADA		Nro. Ejecutivos		Prisión Acordada (meses)
		% de reducción*	Millones USD	Acusados	Con Clemencia	
Compañía Sud Americana de Vapores SA “CSAV” (Chile)	Feb. 2014	91,1%	8,9	1	0	0
Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. “K-Line” (Japón)	Sept. 2014	32,3%	67,7	4	3	14 a 18
Nippon Yusen Kabushiki Kaisha “NYK” (Japón)	Dec. 2014	40,6%	59,4	3	1	15
Wallenius Wilhelmsen Logistics AS “WWL” (Noruega)	Jul. 2016	1,1%	98,9	3	0	0

(25) OECD Competition Issues in Liner Shipping - United States - 19/6/2015. DAF/COMP/WP2/WD(2015). US DOJ Press Releases. Nro. 14-209; nro. 14-1043; nro. 14-1464; nro. 15-115; nro. 15-143; nro. 15-290; nro. 15-

373; nro. 15-1239; nro. 16-655; nro. 16-807; nro. 17-1063; nro. 17-711.

(26) Nótese que cuatro firmas son las mismas investigadas por la Comisión Europea.

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Empresas investigadas y momento en que solicitan clemencia		MULTA ACORDADA		Nro. Ejecutivos		Prisión Acordada (meses)
		% de reducción*	Millones USD	Acusados	Con Clemencia	
Höegh Autoliners AS (Noruega)	Sept. 2017	79,0%	**21,0	0	0	0

* % respecto de la multa monetaria máxima (USD 100 millones), que puede duplicarse si se acredita un daño o beneficio ilícito mayor.

** La firma fue adicionalmente sentenciada a cumplir 3 años de *probation* para establecer un programa de *compliance*.

Fuentes: elaboración propia con base en US DOJ Press Release nro. 14-209; nro. 14-1043; nro. 14-1464; nro. 15-115; nro. 15-143; nro. 15-290; nro. 15-373; nro. 15-1239; nro. 16-655; nro. 16-807; nro. 17-1063, nro. 17-711.

“Debido al crecimiento del sector del transporte marítimo de automóviles en los últimos 40 años, la conspiración ha sustancialmente afectado el comercio exterior e interestatal”, dijo Bill Baer a cargo de la división antitrust del DOJ en ocasión del primer pedido de clemencia efectuado (27).

Brasil. El Programa de Clemencia del Consejo Administrativo para la Defensa Económica (CADE) se encuentra activo desde 2003. El acuerdo de clemencia está disponible solo para que el primer solicitante y confiere tanto inmunidad para sanciones administrativas como criminales. Para los restantes implicados es posible solicitar un Acuerdo de Cese y Desistimiento (TCC por sus siglas en portugués). A fines de 2016 se habían celebrado más de 54 acuerdos de clemencia y 100 TCC con compañías y personas (28).

En febrero de 2016, luego de una investigación reservada de dos años, la Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica - CADE abrió un procedimiento para investigar el cártel del transporte marítimo de automóviles en buques RoRo que está en curso (29).

Las compañías bajo investigación son Compañía Sud Americana de Vapores SA “CSAV” (Chile), Grimaldi Group SpA (Italia), Höegh Autoliners Holdings AS (Noruega), Kawasaki Kisen Kaisha “K-Line” (Japón), Mitsui OSK Líneas “MOL” (Japón), Nippon Yusen Kaisha “NYK” (Japón), Nissan Motor Car Carrier Co., Ltd., y Wallenius Wilhelmsen Logistics “WWL” / Eukor Car Carrier Inc. (Noruega). Alrededor de 80 personas físicas hay involucradas en la investigación, entre las cuales se habrían producido reuniones cara a cara, llamadas telefónicas e intercambio de correos electrónicos. Algunas de las prácticas investigadas habrían ocurrido en Brasil y otras en el exterior, pero podrían afectar el territorio brasileño, debido a que las rutas involucradas tenían a Brasil como su origen o destino o como escala.

NYK, CSAV y K-Line reconocieron su participación y solicitaron un TCC que fue aprobado en noviembre de 2015. Seguido en febrero de 2016 a través de una Orden Presidencial del CADE, 13 personas se unieron al TCC firmado por NYK. Las multas reducidas acordadas con las tres precitadas firmas suman BRL 29 millones, equivalentes a alrededor de USD 7,5 millones al cambio de hoy día. En noviembre de 2016 la autoridad acordó un TCC con el Grupo OW/WW, formado por las empresas WWL y EUKOR. La multa acordada ha sido de BRL 28,6 millo-

(27) US DOJ Press Releases nro. 14-209.

(28) CADE, Country contribution. UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy, Geneva, 17-18/10/2016.

(29) CADE, “Superintendence investigates international cartel of maritime transportation of automobiles”.

informe de prensa, 16/3/2016. CADE, “Cade celebra cinco acordos em investigações de cartel”, informe de prensa, 10/11/2016.

nes, alrededor de USD 7,4 millones al cambio actual. Para estas compañías y personas el procedimiento queda suspendido hasta el juicio final. El máximo valor de las multas en Brasil corresponde al 20% del giro de negocios de la

empresa. Similar a lo sucedido en EE.UU. y a diferencia de UE, ninguna empresa o persona habría obtenido inmunidad total, conforme a la información públicamente disponible a la fecha.

Tabla 5. El cártel de las compañías navieras de transporte de rodados (buques RoRo) en Brasil

Empresas solicitantes de clemencia (TCC)	Momento en que solicita	Multa reducida acordada (millones BRL)	Multa (millones USD)	Nro. ejecutivos c. clemencia
Compañía Sud Americana de Vapores S.A. "CSAV" (Chile)	Nov. 2015	29,0	7,5	0
Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. "K-Line" (Japón)	Nov. 2015	29,0	7,5	0
Nippon Yusen Kabushiki Kaisha "NYK" (Japón)	Nov. 2015	29,0	7,5	13
Wallenius Wilhelmsen Logistics AS "WWL" (Noruega) + EUKOR	Nov. 2016	28,5	8,4	0

Fuente: elaboración propia con base en Informes de Prensa del CADE, marzo y noviembre de 2016.

México. En México, el programa puede considerarse operativo a partir de 2009, cuando se concluyó con éxito la primera investigación en la que un agente económico se acogió al programa. A diciembre de 2016, la COFECE ha recibido un total de 115 solicitudes de inmunidad en 10 años (30). Sin embargo de las 81 solicitudes realizadas entre 2006 y 2015, 2015, solo un 30% (25) de los solicitantes obtuvieron inmunidad (31). El 11% de las solicitudes han servido para fortalecer investigaciones en curso y 6% han terminado en sanciones. El 90% de las solicitudes recibidas entre 2013 y 2016 han sido sobre cárteles nacionales (32).

(30) MENA, Carlos, "El Programa de Inmunidad de COFECE a 10 años", *El Financiero* del 25/10/2016. TELLEZ GARCÍA, Francisco, "Experiencia mexicana", presentación en la Conferencia Internacional sobre "Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de cárteles en la defensa de la competencia" organizada por INDECOPI, Lima, 2017.

(31) SGLER, Edgar, "Da COFECE inmunidad a solo el 30% de empresas", *El Financiero* del 29/9/2015, sobre la base de datos oficiales de COFECE.

(32) TELLEZ GARCÍA, Francisco, "Experiencia mexicana", cit.

En mayo de 2017 la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) determinó que siete compañías navieras - Compañía Sud Americana de Vapores (CSAV); iKawasaki Kisen Kaisha (K-Line); K Line America; Mitsui OSK Lines (MOL); Mitsui OSK Bulk Shipping (MOBUSA); Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (NYK) y Wallenius Wilhmsen Logistics (WWL) eran responsables de pactar y ejecutar acuerdos para segmentar el mercado de servicios de transporte marítimo de vehículos automotores e impuso multas que suman en total de MXN 581.660.000 (33), equivalentes en ese momento a unos USD 31 millones. La investigación había sido iniciada en diciembre de 2013.

La práctica consistió en la asignación de segmentos de rutas de transporte que incluían a México, como punto de origen o destino, de o hacia Argentina, Brasil, Chile, Japón, Tailandia,

(33) COFECE, Informe de Prensa de fecha 9 de junio de 2017. MUNDO MARÍTIMO, "Cinco de siete navieras *car carrier* sancionadas en México pagan multas por prácticas monopólicas", 20/9/2017. COFECE, versión estenográfica pública de 21ª Sesión Ordinaria del Pleno del 25/5/2016.

Indonesia, y Bélgica. Los puertos nacionales involucrados fueron Altamira, Veracruz, Manzanillo, Mazatlán y Lázaro Cárdenas, en donde hubo carga o descarga de vehículos automotores para salir o ingresar a territorio nacional.

Según surge de la sesión del pleno, el 15 de agosto de 2012 se recibió una solicitud de acogimiento al programa de inmunidad, en la cual el solicitante proporcionó información relevante que permitió presumir la presencia de un cártel internacional con afectación en México. Posteriormente las empresas navieras citadas también se acogieron al programa (34). Dada la precitada fecha, el caso tramitó por la

ley vigente en ese año, la cual luego cambió. Ninguna de las firmas recibió inmunidad total. No hubo personas físicas imputadas.

Se informa que uno de los solicitantes de inmunidad indicó que las empresas emplazadas llevaron a cabo intercambios de información para realizar acuerdos en relación con el servicio —desde y hacia México— y que los acuerdos existían desde hace varios años y operaban con base en el entendimiento entre algunas navieras de mantener sus participaciones en el mercado internacional. Así la naviera que tuviera la participación de la prestación del servicio en una ruta en particular, debía mantenerla.

Tabla 6. Cártel de las compañías navieras transportadoras de rodados (buques RoRo) en México

Empresas Involucradas	Multa estimada* (millones de MXN)	Multa (millones de USD)
Compañía Sud Americana de Vapores SA "CSAV" (Chile)	83,1	4,4
Kawasaki Kisen Kaisha "K-Line" (Japón)	83,1	4,4
K Line America (Japón)	83,1	4,4
Mitsui OSK Lines "MOL" (Japón)	83,1	4,4
Mitsui OSK Bulk Shipping "MO-BUSA" (Japón)	83,1	4,4
Nippon Yusen Kabushiki Kaisha "NYK" (Japón),	83,1	4,4
Wallenius Wilhelmsen Logistics AS "WWL" (Noruega)	83,1	4,4

* Surge del total informado por COFECE dividido por siete. Fuente: elaboración propia con base en Informe de Prensa de COFECE junio 2017 y Mundo Marítimo (2017), ob. cit.

Si bien las empresas tenían derecho a la revisión judicial, a septiembre de 2017, cinco de las siete habían pagado en agosto voluntariamente las multas impuestas. Esta habría sido la primera vez que agentes económicos internacionales —con residencia extranjera y sin representación en México— pagan multas impues-

tas como sanción en materia de competencia económica (35).

VI. Colombia, Perú y Chile. El cártel de los pañales descartables y papel higiénico

Los cárteles en los que estuvieron involucradas las subsidiarias en Colombia, Perú y Chile

(34) COFECE (2016), ob. cit.

(35) MUNDO MARÍTIMO, "Cinco de siete...", cit.

de la empresa Kimberly-Clark permite comparar el funcionamiento del régimen de clemencia en los tres países.

Colombia. El caso de los pañales descartables es el primer caso en la historia de Colombia (36), en el cual la autoridad de competencia (la Superintendencia de Industria y Comercio) suscribe acuerdos de clemencia con compañías y personas que deciden colaborar y exponer la existencia de un cártel.

La investigación se inició a finales del año 2013 y contó con la colaboración de Kimberly como primera empresa delatora y FAMILIA como segunda empresa delatora, quienes confesaron su participación en el cártel, reconocieron su responsabilidad, aportaron documentos, correos electrónicos y declaraciones de sus funcionarios y ex funcionarios en relación con la existencia y el funcionamiento del cártel empresarial en el mercado de pañales desechables para bebé en Colombia, a cambio de recibir los beneficios establecidos en la ley para dichos colaboradores. En agosto de 2014 se publica el pliego de cargos contra cinco empresas: Tecnoquímicas (pañales marca Winny Ultratrim), FAMILIA (Colombia) (pañales marca Pequeñín), Kimberly (EE.UU.) (pañales marca Huggies), Drypers (de CMPC Chile) (pañales marca Baby Sec) y Tecnosur, por el cual se les imputa la fijación de precios artificiales de pañales desecha-

bles entre 2001 y 2013, así como también acuerdos relativos a la calidad del producto y su comercialización. La investigación también involucró a 44 personas físicas que, en su condición de directores y empleados de las empresas involucradas, colaboraron, autorizaron, toleraron y ejecutaron las conductas anticompetitivas.

Finalmente en junio de 2018, la prueba obtenida permitió sancionar a tres de las cinco empresas imputadas: Tecnoquímicas, Familia y Kimberly y 16 directivos. La SIC consideró “plenamente probado que Tecnoquímicas, Familia y Kimberly sostuvieron por más de diez (10) años un cártel empresarial para fijar artificialmente los precios de los pañales desechables para bebé en Colombia, en detrimento de los consumidores y agentes de la cadena de comercialización, así como de la propia economía social de mercado” (37). Dichas empresas contaban con participación de mercado conjunta superior al 85% y según la SIC interiorizaron la práctica en su dinámica empresarial, al punto tal de que la cartelización era activamente liderada, promovida y patrocinada desde los más altos cargos directivos de las compañías. Tanto Kimberly como Familia y sus ejecutivos obtuvieron reducciones pactadas con la SIC, con lo cual las multas fijadas a las empresas y personas, incluyendo los descuentos han sido las siguientes. La sanción incluyó la obligación de implementar un programa de *compliance*.

Tabla 7. Cártel de los pañales en Colombia

Empresas/ Ejecutivos Involucrados	Marca de pañales	% de reducción por clemencia	Multa Fijada Empresas		Multa fijada Ejecutivos
			Millones COP	Millones USD	
COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL SA (EE.UU.) Ejecutivos: 6	Huggies	100%	0,00	0,0	0,0
PRODUCTOS FAMILIA SA (Colombia) Ejecutivos: 4	Pequeñín	50%	34.472,75	11,5	COP 290 millones (USD 96.620)

(36) OECD, Annual Report on Competition Policy Developments in Colombia. 2016. 21-23/6/2017. DAF/COMP/AR(2017)20.

(37) Res. 43218 del 18/6/2016 y res. 86817 del 16/12/2016.

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Empresas/ Ejecutivos Involucrados	Marca de pañales	% de reducción por clemencia	Multa Fijada Empresas		Multa fijada Ejecutivos
			Millones COP	Millones USD	
TECNOQUÍMI- CAS SA (Co- lombia) Ejecutivos: 6	Winny-Ultratim	0%	68.945,50	23,0	COP 911 mi- llones (USD 303.894)

Fuente: elaboración propia con base en res. SIC 43218 del 18/6/2016.

Sobre este logro la SIC comunicó que “ratifica su indeclinable compromiso de luchar contra la cartelización empresarial y hacer respetar la libre competencia económica en la búsqueda del bienestar general de los consumidores colombianos y de todos los empresarios de nuestro país, pues ello además de ser un mandato constitucional y legal es un imperativo ético” (38).

En Perú (39), La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI logró desarticular el cártel de papel higiénico, integrado por las empresas Kimberly Clark Perú SRL (EE.UU.) y Productos Tissue del Perú SA (Protisa) (colombiana subsidiaria de CMPC Chile), gracias a la aplicación del Programa de Clemencia. Las cartelizadas manejaban aproximadamente el 90% del mercado. Kimberly obtuvo

una reducción del 100% de la multa por su participación en el programa de clemencia y Protisa un 50%. La sanción también incluye a 14 personas naturales.

Con las pruebas aportadas, se verificó que el cártel operó secretamente entre 2005 y 2014, a través de reuniones en salas de hoteles o cafés, entre gerentes generales y otros funcionarios de ambas empresas para determinar los incrementos de precios a realizar. También emplearon contactos telefónicos. El cártel impuso a sus clientes (distribuidores, mayoristas, supermercados, etc.) alzas de precios, en algunos casos, de más del 20%. Asimismo, ocasionó, en oportunidades, incrementos en los precios de venta al público. Las multas fijadas a las empresas, incluyendo los descuentos han sido las siguientes.

Tabla 8. Cártel de papel tisú en Perú

Empresas / Ejecutivos Sancionados	Marcas	% reducción por clemencia	Multa Fijada	
			Millones Soles	Millones USD
Kimberly Clark Perú SRL (EE.UU.) + 10 ejecutivos	Elite	100%	0,0	0,0
Productos de Tissue del Perú SA “PROTISA” (Colombia/Chile) + 4 ejecutivos	Suave	50%	52,3	16,1

Fuente: elaboración propia con base en res. 01 0-2017/CLC-INDECOPI del 22/3/2017.

Las pruebas identificadas por el INDECOPI durante la investigación incluyen correos y re-

(38) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, “Superindustria confirma sanciones a 3 empresas y 16 altos directivos por cartelización empresarial en pañales desechables para bebé”, informe de prensa 20/12/2016.

(39) INDECOPI, “El Indecopi desarticuló y sancionó, en primera instancia, al cártel de papel higiénico confor-

gistros electrónicos obtenidos en visitas de inspección a las empresas; testimonios de reconocimiento de la infracción por parte de las personas participantes; una agenda de la secretaria del ex gerente general de PROTISA con registros de llamadas y reuniones; y facturas de hoteles

mado por las empresas Kimberly Clark Perú y Protisa”, informe de prensa, 5/4/2017.

donde se realizaron las reuniones. Dichas pruebas fueron contrastadas con la evidencia económica del comportamiento de precios y otras condiciones comerciales de las empresas durante el periodo de investigación.

En *Chile*, el programa de clemencia está operativo desde 2009. Al año 2016 había permitido descubrir cinco cárteles. En diciembre de 2014 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) (40) inició una investigación de oficio en el mercado de papel tisú. Durante la investigación, las dos empresas investigadas, CMPC y SCA (ex PISA) se auto denunciaron, siendo CMPC la primera en marzo de 2015 y la segunda en octubre, aportando antecedentes que hicieron posible conocer el alcance y operativa del cártel.

En consecuencia la FNE presentó ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) un requerimiento contra CMPC Tissue SA y SCA Chile en el cual acusa a las firmas por

haber creado y participado de un cártel para asignarse cuotas de mercado y fijar precios de venta de productos de la categoría de papeles tisú, a la vez que solicita el otorgamiento de los beneficios que les correspondían por el programa de clemencia. Las empresas acusadas representan cerca de 90% del mercado afectado: comercialización mayorista de papel higiénico, toallas de papel, servilletas, pañuelos desechables y faciales en el canal de venta masivo, a partir del año 2000 y al menos hasta diciembre de 2011. La investigación no imputó o sancionó a ejecutivos.

La FNE constató actos tendientes a ocultar el cártel, por ejemplo, se gestionaron los acuerdos para evitar traspasar información en formato digital o por correo electrónico institucional, utilizándose documentos impresos y cuentas de correo electrónico personales. Utilización de teléfonos celulares de prepago para comunicarse con la competencia. Destrucción de computadoras.

Tabla 9. Cártel de papel tisú en Chile

Empresas Sancionadas	Marcas	% de reducción por clemencia	Multa Fijada	
			UTAs	Millones USD
CMPC TISSUE S.A. (Chile)	Elite, Confort, otras	100%	0,00	0,00
SCA CHILE S.A. (Suecia)	Favorita, Magickin	33%	20 mil	15.5

Fuente: elaboración propia con base en requerimiento de la FNE al TDLC de 27/10/2015.

VII. Principales rasgos del programa de clemencia de la nueva LDC

Como se anticipó, la nueva Ley de Defensa de la Competencia de Argentina (27.442) incorpora el programa de clemencia en los arts. 60, 61 y 65 (párr. 2º), que contienen las seis características principales del programa, a saber:

(a) *Exención de multas*. Se conoce comúnmente como la “carrera hacia la puerta” de la Autoridad, ya que el primero que llegue a ella será el máximo beneficiado. La exención será

otorgada al primero de los involucrados que delate el cártel. Los requisitos para obtener la exención son: i) suministrar y aportar los elementos de prueba que permitan determinar la existencia de un cártel, siempre y cuando la autoridad no cuente con información previa al respecto o no haya iniciado previamente una investigación; ii) cesar en la conducta (salvo que la autoridad disponga lo contrario a fin de preservar la investigación), iii) cooperar en forma plena, continua y diligente hasta la conclusión del procedimiento, iv) no destruir, falsificar u ocultar pruebas, ni haberlo hecho con antelación; v) no divulgar o haber previamente divulgado su intención de solicitar clemencia (excepto que lo haya hecho a otras autoridades

(40) FNE, “FNE presenta requerimiento por colusión contra CMPC y SCA”, informe de prensa, 28/10/2015.

de competencia). La legislación argentina permite otorgar la exención al líder del cártel.

(b) *Reducción de multas.* Podrán recibir una reducción de 20% a 50% de la multa los participantes de un cártel que no sean los primeros en delatar pero aporten elementos de convicción adicionales, atendiendo al orden cronológico de presentación de la solicitud de clemencia, siempre que ello sea previo a la imputación conforme al art. 41 de la nueva ley.

(c) *Beneficio complementario.* Análogo al “Leniency Plus” del sistema norteamericano, se permite que a aquel que no cumpla con los requisitos para la exención de la multa por el cártel bajo investigación, pero que revele la existencia de un segundo cártel, respecto de lo cual cuente con los requisitos previstos para la exención, se le otorgue la exención de las sanciones respecto de cártel que denuncia más una reducción de 1/3 en la multa que le hubiese sido impuesta por su participación en el primer cártel investigado.

(d) *Confidencialidad y límites de exhibición de pruebas.* La autoridad debe resguardar la identidad de los solicitantes de clemencia y las pruebas no podrán utilizarse en sede judicial. La autoridad de competencia no podrá utilizar informaciones o pruebas provistas por una solicitud de clemencia rechazada, en línea con la práctica de la CE que establece un procedimiento para proteger las declaraciones de las empresas contra su divulgación en juicios civiles por daños y perjuicios.

(e) *Exención de sanciones penales para las personas físicas.* Para el caso de las personas físicas, el art. 61 indica que las personas con responsabilidades respecto de la participación de las empresas involucradas en el cártel podrán solicitar clemencia conjuntamente la empresa, para obtener exención o reducción de las multas que les pueden corresponder en responsabilidad solidaria. A su vez, también podrán obtener si corresponde la exención de las sanciones previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de cualquier otra sanción de prisión que pudiese corresponder.

(f) *Reparación de daños.* El beneficiario del programa de clemencia será responsable solidario solo cuando fuera imposible obtener

plena reparación de daño de las demás empresas implicadas en el cártel (art. 65).

VIII. Conclusión

Con la nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia (41) sancionada en 2018 finalmente la Argentina cuenta con un programa de clemencia diseñado en concordancia que incorpora las últimas experiencias en la materia y por tanto contiene elementos superadores respecto de las iniciativas de la década precedente (res. CNDC 157/2010) y proyecto opositor de reforma de la LDC de 2014 (expte. 7288-D-2014).

Las seis características descriptas en la sección precedente son la arquitectura básica del programa y, conforme a la experiencia internacional actual, se espera permitan a la autoridad: i) desestabilizar a los cárteles operativos, ii) maximizar la eficacia de la autoridad para detectar los cárteles operativos, iii) reducir los costos y la duración de los procedimientos en sede administrativa; iv) reducir los costos, la duración y los riesgos de litigar en sede judicial, y v) disuadir la formación de nuevos cárteles.

Ahora bien, también la experiencia particularmente en los países de América Latina indica que cuando estos programas comienzan a implementarse generan cierta resistencia por cuanto no son familiares a nuestra tradición cultural o jurídica, centrada en la concepción retributiva de la sanción y producen una cierta sensación de impunidad, particularmente si la exención es obtenida por el líder del cártel.

Al respecto, lo que corresponde enfatizar es que los Programas de Clemencia no anulan la posibilidad de que los damnificados obtengan las indemnizaciones que correspondan en sede judicial, ya que tal como lo dispone el art. 65, párr. 2º, de la nueva LDC, en consonancia las prácticas internacionales en la materia, aun aquella empresa que haya obtenido inmunidad total podrá tener que resarcir daños, si el resto de los integrantes del cártel no pudiesen. Es decir, el delator nunca queda totalmente exonerado de la indemnización.

Por el contrario, los Programas de Clemencia a largo plazo favorecen a las víctimas, ya que se

(41) Ley 27.442. BO del 15/5/2018. Nro.: 33870, p. 3.

las resoluciones de la autoridad demoran menos en quedar firmes y ello anticipa la obtención de reparaciones por daños y perjuicios en sede judicial. Finalmente, si la herramienta funciona de manera eficaz para disuadir la formación de nuevos cárteles, se evitan los graves daños económicos que los cárteles producen.

Está generalmente aceptado que los Programas de Clemencia cumplen cabalmente su cometido si se dan tres pre-requisitos, a saber: que los agentes económicos perciban: i) un alto riesgo de detección del cártel; ii) que se apliquen sanciones severísimas, particularmente para las empresas que no delatan y iii) que el programa funciona de modo transparente y predecible (42).

Con relación generar la percepción de alto riesgo de detección de cárteles, es vital que la autoridad cuente con capacidad de investigar y sancionar cárteles sin la existencia de un delator. El propio programa puede ser un coadyuvante o un catalizador, ya la regla del beneficio complementario permite descubrir nuevos cárteles, adyacentes el cártel investigado.

La aplicación de sanciones severísimas a los participantes del cártel que no delatan, es lo que echa a rodar el juego del prisionero, i.e. la carrera por delatar y desestabiliza los cárteles operativos. Hay jurisdicciones donde la probabilidad de ir a prisión es alta, así como también las multas que las empresas enfrentan. En la Argentina no se han impuesto sanciones de prisión (aunque están previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal) y la nueva Ley de Defensa de la Competencia no las ha incorporado expresamente (43).

En cuanto a las multas, la nueva ley aumentará la severidad de las sanciones pecuniarias, al actualizar los máximos y ampliar el criterio de cálculo. Se incorpora la posibilidad de tomar

(42) HAMMOND, *Cracking Cartels...*, cit.; OECD (2018), ob. cit.

(43) El proyecto opositor de reforma de la LDC de 2014 (expte. 7288-D-2014) en su primera versión consideraba expresamente sanciones de prisión de 1 a 4 años para los casos de cárteles de núcleo duro.

hasta el 30% del volumen de negocios anual de la firma, multiplicado por el número de años de duración del cártel. Asimismo, la nueva ley facilita la reparación de daños y perjuicios y la carga de las indemnizaciones recae en primer término sobre los participantes que no delatan, maximizando todo ello los incentivos a delatar (art. 65, párr. 2º).

Finalmente, con relación a la transparencia y predictibilidad del propio programa de clemencia, debe suceder que los posibles solicitantes puedan anticipar con certeza cómo serán tratados y cuáles serán las consecuencias de una solicitud, es decir calibrar con precisión los costos y beneficios de la decisión de solicitar clemencia, tanto en condición de primer delator, segundo, tercero, etc. Cuando el programa estadounidense fue enmendado a fines de incrementar la transparencia y predictibilidad, el número de solicitudes se multiplicó por veinte (44). Las empresas no serán proclives a denunciar la existencia de un cártel sin garantías suficientes del beneficio que alcanzarán. En tal sentido, debe existir un procedimiento claramente establecido del cual surjan las condiciones y requisitos que debe cumplir quien pretenda acogerse al programa de clemencia, y la forma en que accederán a los beneficios (45).

El hecho de que en Argentina la arquitectura básica del programa —incluidas las reglas sobre confidencialidad y límites de exhibición de pruebas— esté en la propia ley, le confiere al programa un grado aceptable de transparencia y predictibilidad. El desafío en curso es desarrollar la normativa regulatoria adecuada —incluyendo el tipo de informaciones y documentación que se deben proveer para acceder al beneficio—, los equipos de trabajo capacitados y comenzar a movernos sobre la curva de aprendizaje.

(44) HAMMOND, *Cracking Cartels...*, cit.

(45) Así lo reconoce en la comunicación de la Comisión Europea de 8/12/2006, DOUE C-298 de 8/12/2006, punto 38: "La Comisión es consciente de que la presente Comunicación creará expectativas legítimas en las que confiarán las empresas a la hora de revelar a la Comisión la existencia de un cártel".

Cartelización de la obra pública, prohibición de ofertar y el Programa de Clemencia de la Ley de Defensa de la Competencia

MARCELO DEN TOOM (*)

I. Introducción. La cartelización de la obra pública y la lucha contra la corrupción. El *debarment*

La revelación de una compleja trama de corrupción en la obra pública a principios de agosto de 2018 ocupa por estas horas la atención de los medios y una buena parte de la ciudadanía. Uno tras otro, empresarios y funcionarios involucrados deciden colaborar con la justicia a cambio de una reducción de la pena que eventualmente se les aplique. La escala de los ilícitos sorprende. Que este proceso esté sucediendo en la Argentina, también.

Íntimamente ligado a las crónicas de actos de corrupción, pero del lado empresarial, sobresalen las descripciones del llamado “club de la obra pública”, donde una cámara empresarial habría funcionado de árbitro y garante en la distribución de obras y retornos a funcionarios. Se trataría, ni más ni menos, de un cártel para coordinar posturas en procesos licitatorios, conducta calificada bajo la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (la “LDC”) como “absolutamente restrictiva de la

competencia”, por lo que se presume su perjuicio al interés económico general.

Inmediatamente vienen a la mente dos de las principales investigaciones en materia de defensa de la competencia en nuestro país: los casos del cártel del cemento(1) y oxígeno líquido(2). En el primero, la cámara empresarial también tuvo una participación central en el intercambio de información sensible entre sus miembros. En el segundo, la documentación interna de las empresas revelaba como se burlaba la aparente competencia que mantenían en el suministro de oxígeno medicinal a instituciones de salud.

La lucha contra los cárteles que acuerdan posturas en procesos de selección (conducta ampliamente conocida por su denominación en inglés *bid rigging*) es una de las prioridades de los organismos de defensa de competencia de todo el mundo, representando esos casos una proporción significativa de todos los casos de cárteles en muchos países(3). Ya en 1998 la OCDE identificó a la sanción de esa conducta como prioritaria en su Recomendación rela-

(*) Abogado, Universidad de Belgrano. Master of Laws, University of Michigan. Profesor de Posgrado, Universidad Austral. Autor de diversas obras de derecho de la competencia. Asociado extranjero en los estudios Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom (Nueva York) y Haynes & Boone (Houston). Admitido para la práctica del derecho en el estado de Nueva York. Socio del estudio M. & M. Bomchil.

(1) Secretaría de Coordinación Técnica, res. 124 (25/7/2005).

(2) Secretaría de Coordinación Técnica, res. 119 (15/7/2005).

(3) OCDE, *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation*, 2016, p. 6.

cionada a los cárteles de “núcleo duro” (4). A su vez, en 2009, el organismo dictó lineamientos específicos sobre cartelización en obras públicas (5), seguidos por una serie de recomendaciones publicadas en 2012 (6) y reportes sobre la implementación de esas recomendaciones en años posteriores (7). Actualmente incluso se encuentra trabajando con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina en la revisión de las principales reglas que regulan la contratación de obra pública a nivel federal (8).

Como otra cara de la misma moneda, la OCDE también estudió la relación entre corrupción y obra pública toda vez que, según su relevamiento, más de la mitad del total de casos de cohecho tuvieron lugar en la adjudicación de un contrato público (9).

Una de las principales sanciones destacadas en caso de violación de la obligación de integridad de las empresas que participan en los procesos de selección es la de suspensión o inhabilitación como proveedor en las contrataciones públicas, también conocida en su denominación en inglés como *debarment*. Así fue que la OCDE, en su *Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* del año 2009 (10) recomendó expresamente:

Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender —en un grado ade-

cuado— de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y, en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que esas sanciones se apliquen por igual en el caso de cohecho de servidores públicos extranjeros.

Con origen en los EE.UU. en 1884, esta sanción administrativa fue luego utilizada por distintos gobiernos y bancos internacionales de desarrollo (como el Banco Mundial) con claros propósitos disuasivos. Entre 2007 y 2015 el Banco Mundial excluyó a más de 360 compañías y personas humanas, alcanzando el *debarment* el 93% de todas las sanciones aplicadas por esa institución (11).

En la actualidad, la sanción de *debarment* es ampliamente utilizada en regímenes de contratación pública en todo el mundo, principalmente contra delitos de corrupción. Sin embargo, su uso se ha extendido a una variedad de otras conductas ilícitas, como el financiamiento del terrorismo, lavado de dinero, uso de mano de obra infantil y también violaciones a las leyes de la competencia.

II. La sanción de suspensión o inhabilitación como proveedor por prácticas anticompetitivas en las contrataciones de la Administración Pública Nacional

El régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional (dec. 1023/2001) contempla a la “Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes” como uno de los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones.

(4) OCDE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 1998, p. 2.

(5) OCDE, *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, 2009.

(6) OCDE, *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*, 2012.

(7) *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation*, nota 3.

(8) Ver al respecto <http://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-argentina.htm>.

(9) OCDE, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 2016, p. 6.

(10) Disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf, p. 23.

(11) CERRONE, Claudia - HERMSTRÜWER, Yoan - ROBALO, Pedro, *Debarment and Collusion in Procurement Auctions*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2018, p. 2.

Consistente con ese principio, su reglamentación (dec. 1030/2016) incluye en su art. 68 (*Pautas para la inelegibilidad*) a los siguientes supuestos entre los que pueden dar lugar a la desestimación de ofertas(12):

c) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección. Se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges, convivientes o parientes de primer grado en línea recta ya sea por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o adopción, salvo que se pruebe lo contrario.

d) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia o concurrencia. Se entenderá configurada esta causal, entre otros supuestos, cuando un oferente participe en más de una oferta como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica, o bien cuando se presente en nombre propio y como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica.

f) Cuando se haya dictado, dentro de los tres (3) años calendario anteriores a su presentación, alguna sanción judicial o administrativa contra el oferente, por abuso de posición dominante o dumping, cualquier forma de competencia desleal o por concertar o coordinar posturas en los procedimientos de selección.

Las situaciones planteadas por estos supuestos pueden dividirse en dos grupos. Por un lado están aquellas referidas en los incs. c) y d), que otorgan a la autoridad competente la facultad de decidir la desestimación de una oferta en función de su propia consideración

(12) Los mismos supuestos se incluyen en el art. 27 de la disposición 63-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones que aprueba el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. La misma norma dispone en su art. 25 c) que dichas causales de inelegibilidad darán lugar a la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación.

sobre la posible existencia de una conducta anticompetitiva, presuntamente que estaría teniendo lugar en el proceso de selección donde eventualmente adopte esa medida. Por el otro, la situación del inc. f), donde la inelegibilidad surge de una sanción administrativa o judicial por violación de conductas anticompetitivas o de dumping dictada dentro de los tres años calendario anteriores a la contratación sobre la que se refiera la desestimación de la oferta, y por ende posiblemente no vinculada con esa contratación.

El secretismo que normalmente rodea la existencia y funcionamiento de los cárteles permite suponer que, a menos que exista alguna revelación extraordinaria prácticamente *en tiempo real*, será muy difícil que la autoridad contratante cuente con la capacidad técnica necesaria para reunir indicios precisos y concordantes sobre el cártel para cumplir el estándar de la norma(13). Esta opinión(14) se ve reforzada por los propios ejemplos mencionados en los incs. c) y d), que más que identificar casos de colusión entre competidores se refieren a situaciones de simulación de competencia derivadas de la participación de una misma persona en dos o más ofertas, que es una cuestión distinta.

La situación contemplada en el inc. f), por otro lado, aparece como desvinculada de una eventual cartelización en la contratación en cuestión. Aun en el supuesto que la sanción reciente se hubiese relacionado con un esquema de cartelización amplio que incluyera todas las ofertas realizadas por el oferente en cuestión, es de suponer que esto evitará cartelizarse en la formulación de su oferta más reciente, particu-

(13) Lo mismo podría decirse de la Justicia que analice reclamos de ese tipo. Ver al respeto CApel. Contencioso-administrativo Tucumán, sala I, 1/12/2004, "Cámara Tucumana de la Construcción c. Provincia de Tucumán", LLNOA 2005 (marzo), p. 505, donde la demandante pretendía que una empresa fuese excluida del Registro General de Constructores de Obras Públicas por, entre otros motivos, constituir un grupo económico en violación de la ley 25.156 de defensa de la competencia al mediar un presunto abuso de posición dominante, situación que en opinión del Tribunal de Alzada excedía su marco de competencia por corresponder su análisis a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

(14) No se han encontrado antecedentes relevantes sobre la interpretación de los supuestos c), d) y f) referidos.

larmente teniendo en cuenta que la norma no requiere que la sanción se encuentre firme, por lo que podría encontrarse en revisión judicial al momento de la presentación de la oferta. Por otro lado, el supuesto se refiere no solo a prácticas cartelizadas, sino también a abusos de posición dominante, competencia desleal o *dumping*, es decir, situaciones que atienden más a la calidad general del oferente como competidor honesto que a una conducta específica que afecte la competencia del acto de selección concreto.

Las personas que resulten inelegibles para presentar ofertas estarán expuestas además a la sanción de suspensión para contratar por un plazo mayor de un año y de hasta dos años de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106 b. 2) del dec. 1030/2016, lo que en la práctica podría extender la efectiva prohibición de participación en procesos de selección en el caso de oferentes que quedasen incluidos en el supuesto de desestimación de ofertas del inc. f) del art. 68 de ese decreto (por ejemplo, si la suspensión se aplicase pasados los dos años del dictado de la sanción judicial o administrativa a la que hace referencia ese supuesto).

Con exclusiva referencia a las personas humanas que participen en forma directa en procesos de selección y las prácticas violatorias del régimen de competencia, el art. 28 del dec. 1023/2001 (15) dispone la prohibición de contratación con la Administración Nacional de "...las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción". En este sentido y en lo relacionado con la materia que nos ocupa, quedaría incluido el delito de agiotaje, art. 300 inc. 1º del Cód. Penal, que reprime con prisión de seis meses a dos años al que "hiciera alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los

(15) En el mismo sentido, ver art. 21 inc. e) de la disposición 63-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones. La misma norma dispone en su art. 25 inc. b) que el procesamiento por los mismos delitos será causal de desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación.

principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado (16)".

A estas últimas personas se les podrá aplicar la sanción de suspensión para contratar por igual plazo que el mencionado para los casos de inelegibilidad (art. 106 b) 2.4. del dec. 1060/2016) y también la de inhabilitación por el tiempo que duren las causas de la inhabilitación, en el caso, el procesamiento bajo el art. 300 inc. 1º (art. 106 c. 1] del mismo decreto).

III. La sanción de suspensión como proveedor en la ley 27.422

Por primera vez en el régimen de defensa de la competencia argentino, la ley dispone la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco años, que podrá extenderse hasta ocho años en el caso de las conductas previstas en el art. 2º inc. d) de la ley, esto es, las de "establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas" (art. 55, inc. e)].

En la actualidad, el "Registro Nacional de Proveedores del Estado" no existe como tal sino que debe considerarse incluido dentro del llamado "Sistema de Proveedores del Estado" (SIPRO), estando su uso regulado por diversas normas de la Oficina Nacional de Contrataciones, como la disposición 62-E/2016, que aprueba el Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y la ya referida disposición 63-E/2016, entre muchas otras. Más específicamente, en materia de obra pública existe el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, cuyo Consejo está facultado para imponer sanciones de suspensión en, por ejemplo, el registro o la tramitación de los Certificados de Capacidad de Contratación Anual para Licitación (17).

(16) Cabe preguntarse si debiera considerarse incluida dentro de la prohibición el delito incorporado en el art. 309 I a) del CPN, que si bien metodológicamente se ha incluido dentro del Título que se refiere a Delitos contra el Orden Económico y Financiero, reprime conductas similares a la del art. 300 inc. 1º, pero en el sector financiero.

(17) Ver, p. ej., res. 6/17 del Consejo del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, BO del 7/7/2017, nro. 33.361, p. 22.

En este caso, a diferencia de los supuestos de inelegibilidad referidos anteriormente, la sanción se aplicará como conclusión de un procedimiento de instrucción de conductas anticompetitivas llevado adelante por el Tribunal de Defensa de la Competencia (18), que, al igual que el supuesto del art. 68 f) del dec. 1030/2016 puede o no tener relación con un cártel en el sector de contrataciones públicas en vigencia al dictado de la sanción; más aún, como en caso del decreto señalado la sanción de suspensión puede incluso aplicarse como adicional para el caso de cualquier conducta sancionada bajo la LDC, aunque resultaría desaconsejable que el organismo de defensa de la competencia adopte el rol de auditor de la calidad moral de los oferentes en contrataciones públicas.

IV. El programa de clemencia de la ley 27.442 y el *debarment*

La mayor novedad introducida por la LDC está dada sin dudas por la introducción de un programa de clemencia para prácticas cartelizadas. Estos programas, de gran éxito en el mundo, otorgan fuertes incentivos a los miembros de un cártel para confesar su participación ante las autoridades, aportando pruebas relevantes que permitan su desarticulación y sanción, en el entendimiento de que siempre resultará más beneficioso sancionar un cartel aplicando penas más bajas que no detectarlo y en consecuencia no aplicar sanción alguna.

Existen distintos modelos de programas de clemencia. Por ejemplo, en los EE.UU. se otorga inmunidad al primer miembro del cártel, pero no a los demás. El modelo adoptado por la LDC, inspirado en el sistema europeo, contempla:

- La *exención de multas administrativas* al primer miembro de un cártel que aporte elementos de prueba que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica, o si ese tribunal ya inició una investigación por la conducta revelada, pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud no contase con evidencia suficiente, sea el primero en-

tre los involucrados en la conducta en suministrar información y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica.

- La *exención de las sanciones de prisión* previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas.
- La *reducción* de entre el cincuenta por ciento (50%) y el veinte por ciento (20%) *del máximo de la sanción que de otro modo le hubiese sido impuesta al miembro del cártel según el art. 55, inc. b)*, cuando aporte a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal de Defensa de la Competencia y satisfaga los restantes requisitos establecidos para el caso de exención (cese inmediato del acto, cooperación plena, continua y diligente con el Tribunal de Defensa de la Competencia, no destrucción, falsificación u ocultación de pruebas y no divulgación de su intención de acogerse al programa de clemencia, a menos que lo hubiera hecho frente a otras autoridades de defensa de la competencia).
- Aquellos beneficiados con reducción de las multas administrativas o que no aplicaron al programa de clemencia pero que durante la sustanciación de la investigación de la conducta cartelizada en cuestión revelen y reconozcan una segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada y asimismo reúnan respecto de esa última conducta los requisitos correspondientes a la exención recibirán, adicionalmente al tratamiento de exención para esa segunda conducta, *la reducción de un tercio de la sanción o multa que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta.*
- *La eximición o reducción de su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios por reclamos de terceros*, según cuál sea el beneficio obtenido bajo el programa de clemencia, salvo cuando fuera imposible para el demandante obtener la plena reparación del daño producido de los demás miembros del cártel que hubieren estado implicados en la misma infracción.

(18) O, hasta su conformación, la Secretaría de Comercio bajo recomendación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

A poco que analicemos los beneficios del programa de clemencia notaremos que no incluye a todas las sanciones previstas por los arts. 55 de la LDC ni las de su art. 58. En particular quedan excluidas del régimen de clemencia las siguientes sanciones:

- Cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II (conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante) y, en su caso, la remoción de sus efectos (art. 55 inc. a)).
- Imposición del cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia de ciertos abusos de posición dominante o el pedido al juez competente de que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas (art. 55 inc. c)).
- Multas por diversos incumplimientos al régimen de concentraciones económicas y las órdenes de cese que se dictaren durante la instrucción del procedimiento o como sanción en la resolución final (art. 55 inc. d)).
- Suspensión en el Registro Nacional de Proveedores por hasta ocho años (art. 55 inc. d)).
- Inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona jurídica y a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción (art. 58).

La exclusión de las tres primeras sanciones listadas del programa de clemencia no merece objeciones. En primer lugar, las órdenes de cese dictadas en el transcurso de una investigación por prácticas cartelizadas (suspendiendo los efectos de la conducta ilícita *prima facie* detectada en esa etapa) quedarán superadas por la decisión de acogerse a un programa de clemencia, que como premisa básica requiere el reconocimiento de la participación del solicitante. Las órdenes de cese impuestas al funcionamiento del cártel como sanción final no

resultarían necesarias en virtud de su ineficacia por razón de su nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2º *in fine* de la LDC, y de cualquier forma resultan una condición del programa de clemencia. Las multas por incumplimiento de órdenes de cese quedan comprendidas en el comentario anterior.

La imposición del cumplimiento de condiciones dirigidas a neutralizar abusos de posición dominante tampoco despierta preocupación, ya que esa sanción no resultaría aplicable a los supuestos de cartelización cubiertos por los programas de clemencia donde, sin perjuicio del poder de mercado individual de los miembros del cártel, los efectos anticompetitivos se producen como consecuencia del acuerdo colusivo propiamente dicho.

Finalmente, las multas por incumplimientos al régimen de concentraciones económicas resultan una materia distinta a la que aquí se comenta.

Quedan entonces la suspensión en el Registro Nacional de Proveedores y la inhabilitación para ejercer el comercio como sanciones no alcanzadas por el régimen de clemencia. En el caso particular de la primera sanción, como vimos actualmente puede ser aplicada tanto por la autoridad de defensa de la competencia como por aquella con competencia específica sobre la contratación pública en cuestión (actualmente la Oficina Nacional de Contrataciones). Con particular referencia a la primera de ellas cabe preguntarse, entonces, si la posibilidad de su aplicación no podría generar desincentivos a la presentación de solicitudes de acogimiento al programa de clemencia bajo la LDC, en particular en el caso de cartelizaciones en procesos de compras públicas. Desde una perspectiva más amplia, cabe preguntarse si la suspensión de la posibilidad de ofertar en contrataciones públicas no perjudica la competencia, más que remediarla.

V. Conflictos entre el *debarment* y las leyes de defensa de la competencia

Como vimos, la suspensión de proveedores es una herramienta poderosa ampliamente utilizada por organismos internacionales de crédito, principalmente para combatir delitos

de fraude y corrupción (19). Sanciones similares se han aplicado recientemente en nuestro país (20). En ese sentido, pareciera que la exclusión, al menos temporalmente, del competidor anticompetitivo del sistema de contrataciones públicas tendría sentido para garantizar mejores condiciones de competencia.

Sin embargo, ello no necesariamente será así. Como destacamos, la popularidad de los programas de clemencia se debió en gran parte a la dificultad de detección de esas conductas. Si asumimos la necesidad de esos programas para detectar a los cárteles, luego considerando que el programa de clemencia bajo la LDC exime de la aplicación de las multas administrativas que aplique el Tribunal de Defensa de la Competencia o reduce su monto, pero no cubre la sanción de suspensión de participar en procesos de selección, podemos advertir que en la medida en que una empresa considere su exclusión de procesos de selección como una sanción de mayor entidad a las que podrían aplicársele si no revelase su participación en la conducta prohibida (incluyendo la de suspensión como proveedor y considerando la probabilidad de detección de la conducta por parte de la autoridad) tendrá menores incentivos para solicitar clemencia que en el caso en que el programa incluyera a la suspensión. Es decir, la empresa enfrentará dos opciones: (i) solicitar clemencia y ver aumentada la probabilidad de ser sancionada con su suspensión o inhabilitación como proveedor del Estado por un tiempo determinado; o (ii) no revelar su participación en el cártel y exponerse al riesgo de detección y aplicación de multas administrativas más elevadas y también de suspensión o inhabilitación como proveedor.

El problema se agrava si consideramos que la exclusión podría aplicarse a todos los procesos de selección en los que esté participando la empresa, aunque no se haya cartelizado en todos ellos —o incluso en ninguno de ellos, ya que como vimos bajo el dec. 1030/2016 la Administración podría desestimar una oferta por una sanción administrativa o judicial ante-

rior, aunque no se relacione con los procesos en curso— ya que la sanción podría significar un cese de actividades de la compañía y sus empleados (21).

Por otro lado, la sanción de suspensión del registro de proveedores, al impedir a competidores de procesos de selección participar en ellos precisamente cuando la competencia en ese tipo de procesos se da, como sostuvo la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *por* el mercado y *no en* el mercado (22), es una medida exclusoria en sí misma, que deriva en una menor competencia y potencialmente precios más altos o calidad más baja, particularmente en áreas con pocos oferentes potenciales como la de las grandes obras públicas (23).

La cuestión de si los programas de clemencia ofrecen protección para sanciones potencialmente devastadoras como la suspensión del registro de contratistas del Estado ha sido discutida en otras jurisdicciones, sin existir un tratamiento uniforme en todas ellas.

En los EE.UU., por ejemplo, la inmunidad otorgada por el programa de clemencia alcanza a las sanciones aplicables por el Departamento de Justicia, pero no otros organismos. Por lo tanto, ellos podrán aplicar la sanción de *debarment* por violación de prácticas anticompetitivas en la medida en que sus regulaciones requieran de una condena, lo que no ocurrirá en el caso de una persona cubierta por el programa de clemencia por conductas anticompetitivas. Sin perjuicio de ello, el Departamento de Justicia informará al organismo con competencia en compras públicas de la colaboración prestada por el beneficiario de clemencia, a pedido de este (24).

(21) Ver al respecto *Manual de Lucha Anti-Cártel*, capítulo sobre las relaciones entre organismos de competencia y organismos de compras públicas, International Competition Network, 2015, p. 14.

(22) Ver Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dictamen nro. 527 (2/1/2006), “Melenzane SA s/solicitud de intervención de la CNDC (C. 1002)”, punto 24.

(23) Ver al respecto AURIOL, E. - SØREIDE, T., *An economic analysis of debarment*, International Review of Law and Economics 50, 2017, 36-49.

(24) OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee - Working Party nro. 3

(19) Ver, p. ej., el registro de entidades excluidas por diversos organismos internacionales de crédito en <http://www.oecd.org/trade/xcred/debarment-list.htm>.

(20) Ver al respecto nota 17 y artículo publicado en https://www.clarin.com/politica/gobierno-saco-constructora-isolux-registro-proveedores_0_S1PtIprZ.html.

En la Comisión Europea, el art. 57 de la directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública *faculta* a los poderes adjudicadores competentes a excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, entre otros supuestos, cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia (25). Podrá evitar la exclusión del procedimiento de contratación si presenta pruebas de que las medidas por él adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente (26).

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Sin perjuicio de la posibilidad de la normativa europea de reincorporarse al registro de proveedores mediante acciones de “auto limpieza”, en concreto la legislación de algunos países miembro extiende la protección de los programas de clemencia por conductas anticompetitivas a la sanción de *debarment*, como es el caso de Hungría, que aunque modificó su régimen legal a fines de 2015 para contemplar la sanción de suspensión automática del registro de proveedores en caso de sanción por cartelizaciones en procesos de selección, continuó excluyendo de la sanción a los beneficiados por el programa de clemencia (27).

on Co-operation and Enforcement, Public Procurement/BID Rigging Issues, United States, June 2010, p. 3.

(25) Art. 57, punto 4. d).

(26) Art. 57, punto 6.

(27) EY, Antitrust Alert, *Competition violations trigger automatic debarment from public procurement tenders*, June 2016, disponible en http://www.laa.hk/Publication/vwLUAssets/Versenyjogi_h%C3%ADrlev%C3%A9l_

Un caso interesante es el de Canadá, donde la aplicación a cualquiera de los dos programas de clemencia disponibles (que otorgaba inmunidad o reducción de penas) aislaba al beneficiado por los programas de la aplicación de la sanción de suspensión en el registro de proveedores, pero una reforma de 2012 limitó la aplicación del beneficio solo a los beneficiados por inmunidad, lo que fue visto por la doctrina como no solo perjudicial para el éxito de la detección de los cárteles sino también como provocando efectos indeseados, como por ejemplo que los beneficiados por la inmunidad (los primeros en confesar su participación en el cártel, que seguían beneficiados por la no aplicación de la sanción de suspensión) tuvieran incentivos en lograr que sus competidores que formaron parte del cártel (y no obtuvieron inmunidad sino reducción de sanciones o ninguna protección) fueran suspendidos de los registros de proveedores, con la consiguiente reducción de competencia (28).

VI. Supuestos de interacción entre el programa de clemencia y la sanción de suspensión o inhabilitación como proveedor. El caso de personas humanas que soliciten clemencia

En función de la interacción de las normas sobre suspensión de la contratación con la Administración Pública Nacional y el programa de clemencia de la LDC, podrían plantearse las siguientes situaciones:

- (i) *El solicitante obtiene el beneficio de exención bajo la LDC y el Tribunal de Defensa de la Competencia no impone sanción de suspensión*: los supuestos de inelegibilidad del art. 68, incs. c) y d) podrían no resultar aplicables en la medida en que se entiendan como requiriendo el hallazgo de indicios sobre un cártel que alcance el proceso de selección en el cual se evalúe la desestimación de la oferta, y no fuese ese el cartel bajo el cual el solicitante obtuvo clemencia. El supuesto del inc. f) de la misma norma no resultaría

[_2016_J%C3%BAnius/\\$FILE/Client%20Alert%20June%20EY%20Law.PDF](#)

(28) *McMillan competition bulletin, leniency applicants now debarred from federal procurement*, noviembre de 2012, disponible en <https://mcmillan.ca/leniency-applicants-now-debarred-from-federal-procurement>.

aplicable toda vez que el acogimiento al beneficio de exención no podría ser visto como una sanción, aunque con el mismo fin debería evitarse que el Tribunal de Defensa de la Competencia imponga en la resolución final una orden de cese de la conducta cartelizada, como era práctica bajo la ley 25.156.

- (ii) *El solicitante obtiene el beneficio de reducción bajo la LDC y el Tribunal de Defensa de la Competencia no impone sanción de suspensión:* los supuestos de inelegibilidad del art. 68, incs. c) y d) podrían no resultar aplicables en función de lo explicado en el punto (i) *supra*, pero por otro lado podría configurarse el supuesto del inc. f), en la medida en que el beneficiado por la reducción será efectivamente sancionado, aunque por un monto menor que el que le hubiera correspondido de no solicitar el beneficio de reducción.

Podría entonces concluirse preliminarmente que en la medida en que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia no imponga la sanción prevista en el art. 55 e) de la LDC, el beneficiario del programa de clemencia bajo la LDC que obtenga la *exención* de multas podría evitar verse comprendido en los supuestos de inelegibilidad de ofertas del art. 68 del dec. 1030/2016, lo que evitaría su suspensión del sistema de proveedores del Estado. Ello ayudaría a una aceptable alineación de incentivos entre el programa de clemencia y la sanción de *debarment*. Para reforzar esta afirmación, por supuesto, se necesitarían de interpretaciones armónicas de las disposiciones del referido art. 68 por parte de las autoridades competentes, para la cual sería conveniente la coordinación entre ellas y el Tribunal de Defensa de la Competencia para alcanzar un balance óptimo entre la disuasión y el funcionamiento del sistema de incentivos del programa de clemencia.

En el caso de las personas humanas, el acogimiento al programa de clemencia (en cualquiera de sus versiones) las aislará de la posibilidad de sanciones penales bajo los arts. 300 inc. 1º y 309 del Cód. Penal (normas que, hasta la fecha, no se han utilizado para sancionar prácticas cartelizadas). En su caso, la sanción de inhabilitación para ejercer el comercio del art. 58 de la LDC será el riesgo no cubierto

por el programa de clemencia, lo que vislumbra una eventual tensión entre esa persona y la empresa que en el contexto de una conducta como las que aquí se analiza decida, en función de su evaluación favorable sobre la no aplicación de la sanción de suspensión como consecuencia de su aplicación al programa, ir adelante con la solicitud del beneficio.

Para evitar esas tensiones, algunas voces han sugerido la incorporación de las sanciones de inhabilitación al programa de clemencia (29), mientras otras, con el fin de asegurar la posibilidad de que la empresa pueda evitar la sanción de *debarment*, han opinado que resultaría preferible llegado el caso que las normas aplicables inhabiliten a la persona humana para ejercer el comercio y permitan a la empresa participar de futuros procesos de selección (30).

VII. Conclusiones

El programa de clemencia incorporado a la LDC es de una redacción moderna, acorde con las últimas modificaciones consensuadas a nivel mundial. Sumado a los demás pilares de la nueva ley (creación de una autoridad independiente y sanciones más elevadas) está en condiciones de resultar exitoso en la detección y sanción de los cárteles. Una de las áreas económicamente más importantes y a la vez más perjudicadas por estas conductas es la de compras públicas mediante procedimientos de selección. Es esta un área en la que, como los acontecimientos que son de público conocimiento demuestran, la corrupción y la cartelización van asociadas. Sin embargo, a diferencia de la LDC, en los delitos de corrupción la firma y cumplimiento de un acuerdo de colaboración eficaz bajo la ley 27.401 de Responsabilidad Penal protege a la empresa de la sanción de suspensión de participación en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o

(29) Ver, p. ej., comentarios de la *International Bar Association* al anteproyecto de nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina que culminó con la sanción de la LDC, *International Bar Association, Cartels, Mergers And Litigation Working Groups Comments On The Argentine Antitrust Draft Bill*, 14/10/2016, disponible en <https://www.ibanet.org/LPD/Antitrust-Section/Antitrust/WorkingGroupSubmissions.aspx>.

(30) OECD, *Policy Roundtables - Collusion and Corruption in Public Procurement*, 2010, p. 31.

en cualquier otra actividad vinculada con el Estado (31), mientras que las personas humanas podrán, eventualmente, acogerse a los beneficios de la figura del “imputado colaborador” del art. 41 ter del Cód. Penal.

Resultaría en consecuencia conveniente que, a fin de lograr una aplicación uniforme de la

(31) Toda vez que de acuerdo con lo dispuesto en su art. 21 *in fine* la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo (entre las que no está la suspensión de participación en procesos de selección), no pudiendo imponerse otras penas. Para una relación entre los programas de clemencia por violación de las leyes de competencia y los delitos de corrupción en la obra pública, ver *Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing*, Reinaldo Luz y Giancarlo Spagnolo, Stockholm Institute of Transition Economics, abril de 2016.

sanción de *debarment* en el contexto de las contrataciones públicas, el Tribunal de Defensa de la Competencia, y hasta su formación la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia/Secretaría de Comercio: (i) aclaren que valorarán especialmente el acogimiento a programas de clemencia (en cualquiera de sus variantes) a los fines de considerar la imposición o no de las sanciones previstas en el art. 55 de la LDC que no sean las de multa de su inc. b) (aclaración que bien podría realizarse en el contexto del Reglamento para la Implementación del Programa de Clemencia, en preparación a la fecha de este artículo); y (ii) coordinen con otras áreas del Gobierno para lograr una interpretación armónica de las sanciones referidas con otras similares incorporadas en aquellas normas de aplicación a la contratación pública.

CONTROL DE CONCENTRACIONES

.....

El control de concentraciones económicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia

AGUSTÍN WAISMAN (*)

I. Introducción

La regulación argentina de defensa de la competencia incluye un mecanismo de control de concentraciones económicas desde 1999. Más de 80 países tienen mecanismos similares.

El control de concentraciones económicas tiene por objeto prevenir la formación de ciertas estructuras de mercado que dificultan la competencia, o que favorecen la adopción de comportamientos que podrían afectarla. Por ejemplo, estructuras que favorecen la explotación de poder de mercado (como la fijación unilateral de precios que no corresponden a los de un mercado competitivo), la exclusión de competidores o la creación de barreras de entrada a ciertos mercados. También busca prevenir la creación de estructuras de mercado que favorezcan los acuerdos entre competidores.

Los riesgos señalados pueden ocurrir en mercados en que un jugador o grupo se convierten en un monopolista como resultado de una concentración, pero también en mercados en que

uno o unos pocos jugadores o grupos adquieren mucho poder porque no tienen competidores —existentes o potenciales— que puedan “disciplinarlos”.

¿Cómo funcionan los mecanismos de control de concentraciones? Generalmente, establecen la obligación de notificar concentraciones de cierta relevancia (por ejemplo la adquisición de empresas o líneas de negocios) a una autoridad estatal de control; y en algunos casos la necesidad de que esa autoridad *apruebe* la concentración.

En la Argentina, la ley 27.442 (la “LDC”) no solo establece que las concentraciones con ciertas características deben ser notificadas al Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) para su aprobación (1). También establece que *los actos* —en referencia a los actos jurídicos mediante los que se perfecciona la concentración— solo tendrán efectos entre partes y frente a terceros luego de la aprobación del TDC (2), y que las concentraciones cuyo objeto o efecto sea restringir o distorsionar la competencia de modo tal que pueda afectarse el interés económico general están prohibidas (3).

No todas las concentraciones generan los riesgos señalados más arriba. Por ejemplo, si el controlante de un puesto de revistas le compra otro puesto de revistas a un competidor, como

(*) Lidera el departamento de Defensa de la Competencia de Beccar Varela y es profesor de defensa de la competencia y propiedad intelectual en la Universidad Torcuato Di Tella. Ha publicado artículos de su especialidad en Argentina, Brasil, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemania, México y Australia (algunos de ellos en *journals* con procedimientos de arbitraje anónimos). Varios de estos artículos han sido citados en libros, artículos de doctrina y fallos judiciales de tribunales de primera y segunda instancia.

(1) Arts. 9° y 14 de la LDC.

(2) Art. 9° de la LDC.

(3) Art. 8° de la LDC.

regla esa “concentración” no debería afectar la competencia, ya que suelen existir puestos similares a distancias muy cortas que disciplinarán al jugador resultante de la concentración. Por eso, el jugador resultante de la concentración no podrá —por ejemplo— cobrar precios que estén fuera de mercado, porque si lo hace los clientes de sus dos puestos le comprarán a otro vendedor. Este ejemplo simple muestra que no tiene sentido que *todas* las concentraciones económicas estén sujetas a aprobación. Hacerlo no solo tiene costos de administración (los organismos a cargo de este control, en este caso el TDC, asignan recursos valiosos y escasos al análisis de los efectos que una concentración puede tener en el mercado), sino que también les genera costos a quienes deben notificar. Obligar a un comprador a asumir esos costos cuando no hay riesgo ni necesidad de control entorpece innecesariamente el comercio. Por eso, las regulaciones de defensa de la competencia adoptan distintos mecanismos que buscan identificar qué concentraciones pueden, al menos en teoría, generar los riesgos explicados más arriba. Para eso establecen lo que se llama “umbrales” (por ejemplo el requisito de que el comprador controle activos de cierto valor o negocios con cierto nivel de facturación, o que como consecuencia de la concentración alcance cierta participación en algún mercado), o que el negocio que compra tenga cierto valor o cierto nivel de facturación. La sección que sigue describe los mecanismos que adopta la ley argentina para distinguir aquellas concentraciones que tiene sentido controlar de las que no.

II. ¿Cuáles son las concentraciones que deben ser notificadas?

Para que una concentración esté sujeta a la obligación de notificar establecida en la LDC, en primer lugar tiene que ocurrir un cambio de control en una o más sociedades argentinas (o con actividad en la Argentina⁽⁴⁾) o activos ubicados en la Argentina, y además deben alcanzarse dos umbrales que describo con más detalle en las Secciones 2.2 y 2.3. Aun cuando se

cumplan todas estas condiciones, sin embargo, la concentración puede estar alcanzada por una excepción que haga la notificación innecesaria. Describo las excepciones a la obligación de notificar establecidas en la LDC en la Sección 2.4.

II.1. Cambio de control

El cambio de control que da lugar a la obligación de notificar puede ser sobre una empresa como establece en forma expresa la LDC, pero también sobre una línea de negocios. El art. 7° de la LDC incluye ejemplos de cambios de control. Estos ejemplos comprenden fusiones, transferencias de fondos de comercio o conversión de títulos de deuda en acciones con votos (que otorgan el control “jurídico” de la empresa o los activos adquiridos), pero también otros actos que “de hecho” den a una persona o grupo influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa o negocio. Un ejemplo habitual del ejercicio de control de hecho es el de sociedades cuyo capital —y votos— está muy diluido, lo que en ciertos escenarios permiten que cierto accionista minoritario que está lejos de tener las mayorías necesarias para adoptar decisiones relevantes en una empresa el control de hecho.

Los cambios de control que gatillan la obligación de notificar pueden ser directos o indirectos. Esto quiere decir que las concentraciones que deben ser notificadas bajo la LDC no solo incluyen la compra de empresas argentinas o que tengan actividad en la Argentina, sino también la compra de sus accionistas directas o indirectas, aun cuando esas accionistas no tengan activos ni actividad en Argentina.

Existen al menos tres clases de cambios de control que son relevantes en este contexto. El primero —y más habitual— es el cambio de control *exclusivo* por parte de un grupo a control *exclusivo* por parte de otro/s grupo/s. El ejemplo más simple es la compraventa de tenencias que vayan del 51% al 100% de las acciones —y votos— de una sociedad. El segundo es el cambio de control *exclusivo* a control *conjunto*. El ejemplo más simple es la venta del 50% de las acciones (y votos) de una sociedad por su único accionista a un nuevo accionista. El tercero es el inverso del segundo: el cambio de control *conjunto* a control *exclusivo*. El ejemplo más simple

(4) Entendido como cualquier actividad comercial, incluso exportaciones hacia Argentina (siempre que revistan cierta entidad y periodicidad).

es el de un accionista que vende el 50% de las acciones (y votos) de una sociedad al accionista que ya tenía el 50% restante.

En la práctica los escenarios no siempre son tan simples como en los ejemplos precedentes. En ciertos escenarios puede existir *una pérdida* de control sin que exista *una toma* de control. En otras palabras, puede ocurrir que como consecuencia de una transacción el control se diluya (el ejemplo más simple de esto es tal vez un escenario en que una empresa hace una oferta pública de acciones, las tenencias resultantes terminan muy diluidas y ninguno de los accionistas adquiere en forma individual o conjunta influencia determinante sobre la empresa). Existen antecedentes que sostienen que en estos casos la notificación no es necesaria (5).

También existe una extensa cantidad de casos que analizan en qué escenarios una sociedad está sujeta a control *conjunto*. En términos muy resumidos, esto ocurre cuando dos o más accionistas *determinados* son necesarios para adoptar ciertas clases de decisiones que describo más abajo. Habitualmente esto se da en casos en que estas clases de decisiones requieren quórums o “supramayorías” que solo pueden ser alcanzadas con el voto de accionistas *determinados*, o expresamente requieren el voto de accionistas determinados. La misma lógica se aplica a los vetos sobre estas clases de decisiones: si uno o más accionistas determinados pueden vetar ciertas decisiones, desde una perspectiva de defensa de la competencia se considera que tienen el control conjunto. ¿Cuáles son estas decisiones? Muchos precedentes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) anteriores a la sanción de la actual LDC establecen una distinción sobre vetos “defensivos”, que son aquellos que permiten a los inversores proteger su inversión de un modo más pasivo, de otros vetos que influyen en la política comercial de la empresa y en su estrategia competitiva. Ejemplos de los vetos “defensivos” son aquellos respecto de decisiones tales como la modificación del estatuto, la realización de inversiones relevantes, el aumento de capital, la celebración de una fusión

o la distribución de dividendos. Ejemplos de los vetos sobre decisiones que determinan la política comercial de una empresa y su estrategia competitiva aquellos respecto de decisiones tales como la aprobación de presupuestos, planes de negocios o programas de actividades, o designación de funcionarios clave como un “CEO” o un “CFO”. Por supuesto, existen grises, como por ejemplo los vetos relativos a la firma contratos de más de cierto monto. De hecho, hay una cantidad considerable de precedentes que analizan otras clases de vetos.

El control conjunto también puede darse por acuerdos entre accionistas, típicamente acuerdos de sindicación en virtud de los cuales dos o más accionistas se comprometen a votar en determinado sentido, o de la forma que determine uno de ellos. Esto hace que en la práctica actúen como un bloque. Al igual que el control exclusivo, el control conjunto también puede ser un control *de facto*. Esto puede ocurrir cuando, a pesar de no haberlo formalizado expresamente en un acuerdo, existen elementos de peso para concluir que el comportamiento de dos o más accionistas durante un período relevante es el resultado de un acuerdo.

Lo explicado en los párrafos precedentes respecto de las decisiones de los accionistas de una sociedad puede también ser aplicable a los *directores* designados por esos accionistas. Por ejemplo, si alguna decisión que influye en las decisiones comerciales de una empresa o en su estrategia competitiva requieren necesariamente del voto de directores designados por accionistas *determinados*, o esos directores tienen poderes de veto sobre decisiones como las que enuncian los ejemplos precedentes, esto podría dar el control conjunto a los accionistas que designan a esos directores. Del mismo modo, la actuación sistemática “en bloque” de directores designados por accionistas *determinados* del modo que explico más arriba podría llevar a la misma conclusión.

Sin embargo, en escenarios en que la adopción de decisiones —incluso decisiones como las señaladas más arriba— requieren del voto de dos o más accionistas pero no involucran accionistas *determinados*, como regla no existe control conjunto. Esto ocurre cuando ningún accionista tiene los votos suficientes para

(5) Opinión consultiva nro. 49 (OPI 245).

adoptar esas decisiones. En la medida que las decisiones puedan ser adoptadas por distintas combinaciones de accionistas pero ningún accionista *determinado* sea indispensable para adoptarlas, o esté en condiciones de vetarlas, no es dable sostener que los accionistas que pueden conformar las distintas combinaciones tienen control conjunto. Se trata de escenarios que, en los precedentes de la CNDC, suelen llamarse “escenarios de mayorías cambiantes”.

II.2. Primer umbral: facturación “combinada” de 100.000.000 de Unidades Móviles

El principal umbral establecido en la LDC para que una transacción deba ser notificada exige que entre el comprador y el negocio que se adquiere hayan tenido en el último ejercicio una facturación combinada de al menos 100 millones de Unidades Móviles *en la Argentina*. Las Unidades Móviles son un monto variable que se actualiza en forma anual en función de la evolución del índice de precios al consumidor (el llamado “IPC”). La presunción que subyace a este umbral es que si el volumen de negocios resultante de la concentración no alcanza ese monto, esa concentración difícilmente tenga entidad para generar la clase de riesgos explicados en la sección anterior. El parámetro adoptado por la LDC para determinar la relevancia de una concentración comprende la facturación por ventas de bienes o servicios correspondientes a actividades ordinarias (una vez deducidos los descuentos y los impuestos relacionados con las ventas) y en los subsidios directos recibidos por estas empresas. A veces este parámetro es criticado porque comprende la facturación vinculada con *cualquier* negocio del comprador, y no solo la facturación de los negocios del comprador que podrían tener relaciones horizontales (competir) o verticales (estar integradas en otras etapas en la cadena de producción o comercialización con el negocio adquirido). Esto, sostienen sus críticos, distorsiona la determinación de si una transacción tiene relevancia suficiente para ser notificada en función de su impacto potencial en ciertos mercados: si la facturación del comprador supera el umbral pero no guarda ninguna relación con los mercados en los que opera la empresa adquirida, el umbral no parece un indicador confiable. En esos casos —sostienen estas críticas— no debería existir ningún riesgo, ni razo-

nes para someter la concentración al control del TDC.

La facturación del comprador a considerar a estos efectos no se limita a la facturación del vehículo que toma el control, por ejemplo la sociedad que compra las acciones de otra sociedad. También comprende la facturación *argentina* de sus controlantes directas o indirectas hasta llegar al controlante último, y la facturación *argentina* de todas las empresas controladas en forma directa o indirecta por ese controlante último. Habitualmente se llama a la facturación de la suma de todas estas empresas (o personas, si el controlante último es una persona física y controla negocios en forma directa) “facturación del grupo comprador”. Siguiendo la misma lógica, la facturación “argentina” incluye toda la facturación de empresas constituidas en Argentina (incluso las exportaciones), pero también la facturación de empresas constituidas en otras jurisdicciones por ventas a la Argentina. El mismo criterio se aplica a la facturación Argentina de las empresas adquiridas. Por ejemplo, si la empresa adquirida es una sociedad extranjera que vende productos a clientes Argentinos y a su vez controla una sociedad Argentina, la facturación *de las empresas adquiridas* relevante a los efectos del cálculo del primer umbral comprenderá la facturación de la empresa Argentina y también la facturación de su accionista (extranjera) correspondiente a las ventas a clientes ubicados en la Argentina.

La lógica que subyace a estos cálculos es que la facturación de *todos* los negocios sobre los cuales el comprador podrá tomar decisiones (y fijar su estrategia competitiva) luego de la concentración sirve como indicador de la relevancia de la transacción, y acaso también de su impacto en el mercado.

II.3. Segundo umbral: precio atribuible a la Argentina o valor de los activos argentinos de 20.000.000 de Unidades Móviles

El segundo umbral establecido en la LDC para que exista la obligación de notificar una transacción requiere o bien que el precio de la transacción atribuible a la Argentina o bien que el valor de los activos argentinos que se transfieren sea igual o mayor a 20.000.000 de Unida-

des Móviles. Este umbral también se alcanza cuando durante los 12 meses precedentes el grupo comprador haya adquirido otros activos *en el mismo mercado* cuyo valor o precio —sumado al de aquellos que motivan el análisis— alcancen el mismo monto; o que en los 36 meses precedentes haya adquirido activos cuyo valor o precio alcance el monto de 60.000.000 de Unidades Móviles.

A diferencia del primer umbral, la LDC incluye a este segundo umbral entre las excepciones a la obligación de notificar (6) una transacción a las que hace referencia la sección que sigue.

La presunción que subyace a este umbral es que, sin perjuicio del tamaño o poder que ya pueda tener el comprador antes de la concentración, si la empresa o activos adquiridos no tienen cierta relevancia, la concentración tampoco la tiene.

El parámetro adoptado por la LDC para determinar esa relevancia incluye las dos variables señaladas: el valor de activos “argentinos” y el precio atribuible a la Argentina. Este “doble” parámetro se concentra en la magnitud de la clase de activos sobre los cuáles se toma control. Por eso incluye el valor de los activos (y no, cuando lo que se compra es una empresa, el valor de su patrimonio neto), permitiendo que si el target es lo suficientemente relevante, la excepción no resulte aplicable en casos en que exista un pasivo considerable que también podría influir en el precio.

Existen algunos precedentes que analizan qué precio/valor de la transacción debe ser atribuido a la Argentina en caso de transacciones que involucran ventas “argentinas” hechas desde otras jurisdicciones.

Con respecto al valor de los activos, una opinión consultiva (7) sugiere que el hecho de que el valor de las exportaciones de la empresa *target* a la Argentina supere el umbral hace improbable que el valor de los activos “argentinos” esté por debajo de ese umbral. Este análisis equipara el valor de la facturación al valor de los activos sin argumentos adicionales.

Con respecto al precio de la transacción atribuible a la Argentina, otra opinión consultiva (8) establece que una parte del precio de una transacción con efectos en Argentina necesariamente debe ser asignada a Argentina, y que la forma de hacerlo es la siguiente: primero debe determinarse cuál es el peso proporcional de las ventas argentinas del target en relación con las ventas globales. Segundo, una parte del precio global de la transacción debe ser asignada a Argentina en la misma proporción que esas ventas. Este análisis, sin embargo, no considera factores adicionales que podrían distorsionar esa asignación (por ejemplo el hecho de que ciertos activos que impactan en la valuación por país pueden estar ubicados solo en algunas jurisdicciones).

II.4. Excepciones

Las excepciones que establece la LDC a la obligación de notificar una operación de concentración económica son pocas, y la mayoría no tiene aplicación práctica. Las que tienen más aplicación en la práctica son dos.

La primera es la que establece el segundo umbral, explicado en la sección precedente. En la LDC está expresada como una excepción (9), de modo tal que la lógica que establece funciona del siguiente modo: como regla una concentración debe ser notificada cuando se alcanza el primer umbral, pero si no se alcanza el segundo umbral aplica la excepción.

La otra excepción que es utilizada con cierta frecuencia en la práctica es la llamada “excepción de primera compra”. De acuerdo con la LDC (10), aplica a “las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos (en forma directa o indirecta) o acciones de otras empresas en la Argentina y cuyas exportaciones hacia la Argentina no hubieran sido significativas, habituales y frecuentes durante los últimos treinta y seis meses”.

En la práctica, sin embargo, esta excepción no es aplicada en forma tan estricta como parece

(6) Art. 11 inc. e) de la LDC.

(7) Opinión consultiva nro. 153 (OPI 281).

(8) Opinión consultiva nro. 186 (OPI 284).

(9) Art. 11 inc. e) de la LDC.

(10) Art. 11 inc. c) de la LDC.

seguirse de una interpretación literal, y permite cierta flexibilidad.

Por un lado, existen precedentes que sostienen que el hecho que el grupo comprador controle una sociedad argentina no impide la aplicación de la excepción siempre y cuando esa sociedad funcione como un *holding* y no tenga actividad comercial ni activos relevantes.

Por otro lado, existen precedentes que sostienen que si las empresas target con actividad en Argentina son más de una, la excepción puede ser aplicable en la medida que esas empresas integren una única unidad de negocios.

Sin embargo, también existe otra línea de casos —anteriores a la actual LDC cuya redacción parece contemplar la lógica adoptada en estos casos— que sostienen que la excepción de “primera compra” no resulta aplicable si el grupo comprador tiene importaciones sustanciales/habituales en Argentina.

El resto de las excepciones —las que tienen poca o nula aplicación práctica— involucran (i) transacciones en las que el comprador ya tenía el 50% de las acciones siempre que no haya cambio de control (11) (aunque, como el cambio de control es una condición necesaria para que exista obligación de notificar de acuerdo con lo explicado, en estos casos no habría tal obligación por definición); (ii) adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas (12) —que tampoco gatillan ningún cambio de control—; y (iii) adquisiciones de empresas que no hayan registrado actividad en el país en el último año, salvo que las actividades principales de la empresa objeto y de la empresa adquirente fueran coincidentes (13).

III. ¿Cómo son el trámite de notificación y el procedimiento?

III.1. ¿Cuándo debe hacerse la notificación?

Como muchas jurisdicciones, la LDC establece (14) un sistema de notificación de con-

centraciones *ex ante*. Establece que, al igual que las transacciones no notificadas, quienes realicen una transacción en que se produzca el cambio de control sin la *previa* autorización del TDC están sujetos a una sanción de multa, sin perjuicio de la obligación de revertirla y remover sus efectos en los casos de concentraciones que puedan afectar la competencia (15).

Este sistema de notificación *ex ante*, sin embargo, no entró en vigencia junto con el resto de las disposiciones de la LDC. Se trata de la única disposición que de acuerdo con lo previsto en la misma LDC entra en vigencia en forma “diferida”. El control *ex ante* entra en vigencia en el plazo de un año contado desde que el TDC se encuentre en funcionamiento (16). Hasta entonces, sigue rigiendo el control *ex post* establecido en la ley previa, y la notificación puede hacerse hasta *una semana* luego del cierre de la transacción.

¿Cuál es la sanción por no notificar una transacción, o por tomar el control de la empresa adquirida antes de la autorización del TDC? Una multa *diaria* que puede alcanzar un monto equivalente al 0,1% del volumen de negocios consolidado (a nivel nacional) de todo el grupo económico del que forme parte la empresa infractora. Si este criterio no pudiera ser aplicado, la LDC fija un tope: el monto de la sanción *diaria* puede ser de hasta 750.000 Unidades Móviles.

III.2. ¿Quién debe notificar la transacción?

De acuerdo con el art. 9° del dec. 480/2018, salvo en el caso de las fusiones (en que la notificación debe ser hecha por la empresa *fusionante* y la fusionada), la obligación de notificar está solo en cabeza del grupo comprador (17).

(15) El art. 9° del dec. 480/2018 establece además que “Los actos indicados en el art. 9° de la ley 27.442, no podrán ser registrados en los libros societarios, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta tanto se cumplan las previsiones del art. 14 de la citada ley o haya transcurrido el plazo al que se refiere el art. 15 de la misma, sin mediar resolución por parte del TDC”.

(16) Art. 84 de la LDC.

(17) La notificación puede ser hecha por la entidad que toma el control, por su controlante inmediata o por sus controlantes *finales*.

(11) Art. 11 inc. a) de la LDC.

(12) Art. 11 inc. b) de la LDC.

(13) Art. 11 inc. d) de la LDC.

(14) Art. 9° de la LDC.

Sin embargo, el vendedor tiene la opción de hacer la notificación, y el TDC puede requerir su intervención en el trámite.

III.3. ¿Cómo es la notificación?

El art. 12 de la LDC establece que el TDC fijará la información y antecedentes necesarios para notificar una operación de concentración. A la fecha de este artículo, la regulación dictada durante la vigencia de la anterior Ley de Defensa de la Competencia (25.156) sigue siendo aplicable, pero en el mediano plazo esta regulación debería ser remplazada.

Por el momento, el trámite de notificación de una operación de concentración se inicia con la presentación del formulario denominado F1. El formulario F1 es estándar para todos los casos. Su preparación requiere información relacionada con el vendedor, el comprador y target de la operación y con los mercados de productos o servicios respecto de los cuales existen superposiciones “horizontales” y/o “verticales” entre las actividades del grupo comprador y target. Esta información incluye, entre otros datos, descripciones de producto, procesos de producción, listados de productos sustitutos, detalle de ventas —medidas en volumen e ingresos— del grupo comprador y el target en Argentina, listados de competidores y *market shares*. En términos generales parece haber sido diseñado para entender mercados de productos o de ciertos servicios, pero parece menos útil para entender otros mercados (por ejemplo ciertas plataformas de servicios), que es una de las razones por las cuales probablemente será modificado.

En aquellos casos en que no se produce ninguna superposición, la notificación se denomina “de conglomerado” y su preparación es más sencilla, porque no requiere información de ningún mercado.

La LDC establece (18) que las notificaciones deben pagar un arancel de entre 5.000 y 20.000 Unidades Móviles, que deberán ser fijadas por el Poder Ejecutivo a propuesta del TDC (19).

(18) Art. 33 de la LDC.

(19) Por eso, existen razones para sostener que este arancel no será aplicable hasta que el TDC se encuentre en funcionamiento.

III.4. El procedimiento

En el plazo de 5 días luego de la presentación del formulario F1 que da comienzo al procedimiento, la Autoridad Nacional de Competencia (la “ANC”, dentro de la cual funciona el TDC) debe publicar en su sitio web información no confidencial relacionada con la concentración para que cualquier interesado interponga oposiciones (20).

En caso que la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad esté regulada por el Estado Nacional a través de un ente regulador, dentro de los tres días de efectuada la notificación la ANC deberá requerir a ese ente regulador una opinión fundada sobre el impacto de la concentración económica en la competencia y el cumplimiento del marco regulatorio aplicable (21). El pedido, que no interrumpe el procedimiento, debe ser contestado en el plazo de 15 días. La respuesta no es vinculante para la ANC, y en ausencia de respuesta se considera que el ente regulador no objeta la concentración.

En paralelo, el TDC debe avanzar con su análisis y puede pedir información complementaria (o, si existen argumentos para sostener que el F1 no está completo, información faltante).

En los casos en que resulte claro que la transacción no despierta preocupaciones desde una perspectiva de defensa de la competencia, que incluyen las notificaciones “de conglomerado” mencionadas más arriba pero también concentraciones en que existen relaciones horizontales/verticales que involucran niveles de concentración que no son relevantes, el TDC debe seguir un procedimiento sumario (22).

En los casos en que la concentración despierta preocupaciones, como en otras jurisdicciones, el TDC podría solicitar la presentación de formularios adicionales (bajo la regulación vigente el formulario F2, que también tiene un formato estándar, y/o el formulario F3, que debe ser preparado por el TDC “a medida” en función de cuáles sean las preocupaciones es-

(20) Art. 13 del dec. 480/2018.

(21) Art. 17 de la LDC.

(22) Art. 10 del dec. 480/2018.

pecíficas que despierta la transacción) con información más detallada.

El análisis del TDC debe, como regla, completarse en el plazo de 45 días de recibida la información completa (aunque en la práctica este plazo suele extenderse con pedidos de información complementaria).

Si el TDC considera que la concentración puede afectar la competencia, debe comunicar a las partes sus objeciones por medio de un informe fundado, que en forma paralela será publicado en el sitio web de la ANC (23). Adicionalmente, debe convocarlas a una audiencia para considerar posibles medidas que mitiguen los efectos negativos de la concentración sobre la competencia (24). En estos casos, el plazo de 45 días podrá extenderse hasta un plazo máximo de 120 días adicionales.

(23) Art. 14 del dec. 480/2018.

(24) Art. 14 de la LDC.

Luego de completar el análisis en el plazo señalado, el TDC debe emitir una resolución que autorice la operación, subordine el acto al cumplimiento de ciertas condiciones (ej. condiciones “estructurales”, que son desinversiones, o condiciones “de conducta”, como por ejemplo la obligación de proveer acceso a un bien o servicio en condiciones no discriminatorias) o deniegue la autorización (25). Si esta resolución no es emitida en el plazo señalado, la operación se tiene por autorizada en forma tácita (26).

Las concentraciones que hayan sido autorizadas no pueden ser impugnadas en sede administrativa, salvo que hubiesen sido obtenidas mediante información falsa o incompleta (27).

(25) Art. 14 de la LDC.

(26) Art. 15 de la LDC.

(27) Art. 16 de la LDC.

Bondades y falencias del control de estructuras en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: de la notificación obligatoria, control *ex ante* y prohibición de *gun jumping* al “período de transición”

VIVIANA GUADAGNI (*)

I. Introducción

Casi 20 años después de la implementación del control de concentraciones económicas en el régimen de competencia argentino a través de la derogada ley 25.156 la recientemente sancionada ley 27.442 introduce algunos cambios significativos al régimen de control recogiendo a su vez la experiencia de su aplicación durante estas dos décadas.

En lo central la actual ley mantiene el sistema creado por la ley 25.156 y continúa girando en torno a dos ejes: la prohibición de concentraciones económicas anticompetitivas(1) las cuales continúa definiendo a partir de la noción de toma de control y la introducción de la obligación de notificar las operaciones de concentración económica que se ajusten a determinados parámetros. Más allá de esa comunidad de régimen la nueva ley exhibe ciertos avances al propio tiempo que consagra flexibilidades inconsistentes que pueden bien considerarse retrocesos.

II. Control *ex ante*

Empecemos por lo bueno. Tal vez el principal avance de la nueva ley reside en la clarificación del carácter *ex ante* del régimen de control de estructuras. Esta claridad que debe saludarse no es sin embargo y en rigor un “cambio” propiamente tal pues la ley 25.156 no preveía en su letra un régimen de control *ex post* sino que fue una interpretación de su art. 8° (en mi modo de ver incorrecta) lo que llevó a desvirtuar el carácter previo del control, error que fue profundizado por la propia reglamentación de la ley. La conversión de facto del régimen de control de *ex ante* en uno *ex post* es posiblemente la explicación más contundente de los fracasos en la eficacia del régimen de control durante estos años ya que resulta muy difícil en la práctica revertir una operación de concentración económica anticompetitiva una vez perfeccionada la misma. Veamos un poco más esta cuestión.

III. Antecedentes. El art. 8° de la ley 25.156 y el dec. 89/2001

El art. 8° de la ley 25.156 prescribía que las operaciones de concentración económica se debían notificar “previamente o en el plazo de una semana de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control... contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados... Los actos solo producirán efectos entre las partes y en relación con

(*) Socia de Quevedo Abogados. Fue vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, profesora de Defensa de la Competencia en la Universidad de San Andrés y la Universidad Torcuato Di Tella. Publicó numerosos artículos y dictó cursos seminarios y conferencias sobre la materia en la UBA, Universidad Austral, Universidad Notarial, IDEA, entre otros.

(1) Arts. 7° de la ley 25.156 y 8° de la 27.442.

terceros una vez cumplidas las previsiones de los arts. 13 y 14 según corresponda". Como se puede advertir la redacción del mismo era casi idéntica a la del viejo art. 4º del reglamento 4064/89 de la Unión Europea sobre concentraciones (2), por lo que este último indudablemente constituyó su fuente. Sin embargo, el legislador argentino se apartó en aquella ocasión de su antecedente al no prohibir explícitamente el denominado *gun jumping* esto es la prohibición de concreción de la operación hasta tanto la misma no fuera autorizada (3). Pese a esta omisión y aun ante la ausencia de calificación expresa del control como *ex ante*, la redacción del art. 8º, párr. 1º, *in fine* daba pie para concluir el carácter previo de dicho control, lo cual se desprendía de la privación de efectos de la operación, aun entre partes, hasta tanto la autoridad de aplicación la autorizara, condicionara o rechazara.

El dec. 89/2001, al reglamentar la ley 25.156, a pesar de dejar sentado expresamente que el control introducido por la ley 25.156 era previo (4) computó los plazos de modo tal que abrió la posibilidad a que las notificaciones se pudieran practicar con posterioridad al perfeccionamiento de las operaciones de concentración económica (5).

(2) El art. 4º del Reglamento 4064/89 de la Unión Europea (Notificación previa de las operaciones de concentración) disponía que "Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. El plazo comenzará a contar a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados". El citado reglamento fue modificado por el Reglamento CE 139/2004 el cual dotó de mayor flexibilidad al momento de notificación disponiendo en su art. 4º que "deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control".

(3) El art. 7º del Reglamento 4064/89 de la Unión Europea (Notificación previa de las operaciones de concentración) disponía que "No podrá llevarse a cabo una concentración según se define en el art. 1º, ni antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común...".

(4) Dec. 89, reglamentación al art. 8º.

(5) El dec. 89 disponía que "el plazo de una semana para la notificación obligatoria que prevé el art. 8º de la ley 25.156 comenzará a correr:

De tal suerte la reglamentación, al introducir precisiones en torno al modo de computar el plazo para notificar las operaciones, terminó desvirtuando el espíritu de la ley 25.156. La Argentina pasó así en los hechos de un régimen de control *ex ante* a ser uno de los pocos países con un régimen de control *ex post*, con todas las desventajas que conlleva este último y aun con el agravante de que al interpretarse el cómputo de los plazos para notificar de manera diferente a la prevista por el legislador se llegó a la incongruencia de permitirse que las operaciones fueran notificadas una vez perfeccionadas, pero, al propio tiempo continuaba vigente la privación de efectos entre partes y frente a terceros del art. 8º, *in fine* (6). Perfeccionamiento y privación de efectos resultaban en este contexto términos contradictorios y difícilmente conciliables.

IV. La nueva redacción del art. 9º

La nueva ley disipa toda duda sobre el carácter de *ex ante* del régimen de control y ordena notificar las concentraciones económicas "previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero" manteniéndose además la privación de efectos de los actos hasta tanto la misma se autorice (expresa o tácitamente) o se condicione (7).

"1. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apart. 4º del art. 83 de la ley 19.550, t.o. 1984.

"2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el art. 7º de la ley 11.867.

"3. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.

"4. En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas".

(6) El caso paradigmático que evidenció todas las incongruencias del sistema fue la toma de control de Lapa por parte del controlante de Aeropuertos Argentina 2000. La operación fue considerada anticompetitiva pero como ya había sido perfeccionada se tuvo que condicionar la operación a que el comprador se desprendiera del control ("Lapa, Fexis SA, Elenor SA, Eduardo Eurnekian y otros - Conc. 3351 s/notificación art. 8º ley 25.156").

(7) *Los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los arts. 14 y 15 de la presente ley, según corresponda.*

El carácter *ex ante* se refuerza además al incorporarse de manera explícita la prohibición de *gun jumping* prohibiéndose “el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia” (8).

Con esta incorporación el régimen de control argentino se alinea con los regímenes más desarrollados como la legislación americana que prevé un período de espera (*waiting period*) o la legislación comunitaria europea que ordena la suspensión de la operación la cual no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común.

La doctrina y las autoridades de aplicación comunitarias europeas consideran a la suspensión de la operación prevista por la legislación, en conjunción con las severas sanciones dispuestas para los casos de infracción a dicha disposición, como elementos claves para la eficacia del control. En este sentido, destaca Juan Briones que “el control preventivo y el efecto suspensivo son sin duda una importantísima arma en poder de la Comisión para asegurar una defensa eficaz contra los fenómenos concentrativos potencialmente nocivos” (9).

La multa millonaria de 124,5 millones de euros que recibió Altice, la compañía multinacional de cable y telecomunicaciones, por implementar la adquisición de la compañía portuguesa de comunicaciones PT Portugal antes de su aprobación, refleja la seriedad que la Unión Europea le asigna a la violación de la prohibición de ejecución de la operación antes de su aprobación. La finalidad disuasoria de la multa aplicada fue manifestada por la Comisaria Europea de Competencia Margrethe Vestager quien enfatizó que “...las compañías que prematuramente se precipitan —*jump the gun*— e implementan una fusión antes de su notificación o autorización minan la eficacia del régimen de

control de concentraciones económicas. Este es el régimen que protege a los consumidores europeos frente a cualquier fusión que conduciría a precios más altos o que reduciría las opciones. La multa impuesta por la Comisión a Altice refleja la gravedad de la infracción y debería disuadir a otras empresas de infringir las normas europeas de control” (10).

Ahora bien, para que el control *ex ante* junto con la prohibición expresa de ejecución de las operaciones de concentración económica no se convierta en un obstáculo a la marcha de los negocios se hace necesario que la autoridad se expida dentro de los plazos marcados por la ley. Sería inadmisibles en este contexto que el análisis de las operaciones se extienda a varios años como lamentablemente ha sido la práctica bajo el régimen de la ley 25.156.

En ese sentido resulta una incorporación sumamente positiva la figura del *fast track* por el cual las operaciones que a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia pudieran tener menor probabilidad de ser anticompetitivas tendrán un procedimiento sumario (11). El Proyecto de Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas sometido a consulta pública preveía que el procedimiento simplificado se aplicaría a los casos de operaciones con impacto bajo o nulo sobre la competencia y que, en tales casos, el análisis se limitaría únicamente a clasificar las operaciones según sean horizontales, verticales o de conglomerado y eventualmente a medir las participaciones de mercado de las empresas involucradas. Este capítulo finalmente no se incluyó en los Lineamientos vigentes pero se estima que será incluido en las Normas de Procedimiento. Sería conveniente que así sea.

(8) Art. 9º, párr. 3º, ley 27.442.

(9) Al respecto ver BRIONES, Juan - FOLGUERA, J. - FONT, Andrés - NAVARRO, Edurne, *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 287.

(10) “...Companies that jump the gun and implement mergers before notification or clearance undermine the effectiveness of our merger control system. This is the system that protects European consumers from any merger that would lead to higher prices or reduced choice. The fine imposed by the Commission on Altice today reflects the seriousness of the infringement and should deter other firms from breaking EU merger control rules”, comunicado de prensa de la Unión Europea acerca de la multa a Altice del 24/4/2018.

(11) Ley 27.442, art. 10, párr. 3º.

En línea con el objetivo de dotar de mayor agilidad al procedimiento, la ley considera que la dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables (12).

V. El período de transición

No todas son buenas nuevas sin embargo. La ley 27.442 prevé un régimen específico para un período de transición que se extenderá hasta un año después de la constitución de la Autoridad de Competencia (13). Durante este período los actos de concentración económica “deberán ser notificados para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante la Autoridad Nacional de la Competencia”. Como se puede advertir los plazos de notificación son idénticos a los que preveía el art. 8º de la derogada ley 25.156. Por su parte, la reglamentación también replicó lo previsto en el dec. 89/2001 en cuanto a partir de qué momento se debe computar el plazo de una semana para notificar una operación (14).

Durante el período de transición no regirá la privación de efectos prevista en el art. 9º que

(12) Art. 14 ley 27.442.

(13) Art. 84 ley 27.442.

(14) Art. 84.— El texto del art. 9º, primer párrafo, de la ley 27.442 que el art. 84 de la citada norma establece que regirá hasta tanto transcurra un (1) año desde la puesta en funcionamiento de la autoridad nacional de la competencia, dispone un plazo de una (1) semana para la notificación. El mismo comenzará a correr a. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apart. 4 del art. 83 de la ley 19.550, t.o. 1984 y sus modificaciones. b. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el art. 7º de la ley 11.867. c. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición. d. En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas. El tercer párrafo del art. 9º de la ley 27.442, no será de aplicación en el plazo de transición que dispone el presente artículo.

también preveía el derogado art. 8º, *in fine*, probablemente para no dar lugar a interpretaciones incongruentes como las que posibilitaban las normas derogadas. La Reglamentación dispone además que tampoco sea de aplicación durante este período la prohibición de *gun jumping*, habilitando de esta manera la ejecución de las concentraciones económicas tanto competitivas como anticompetitivas.

De esta manera el régimen vigente durante el “período de transición” resulta aún más *ex post* que el de la derogada ley 25.156, ya que no solo se vuelven a computar los plazos de manera tal que resulta lícito perfeccionar la operación antes de su autorización sino que se suprime además la posibilidad de privar de efectos a las concentraciones económicas anticompetitivas. Si bien es cierto que nunca se privó de efectos a una operación económica anticompetitiva no es menos cierto que en alguna operación que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) entendió que podría presentar serios riesgos a la competencia se hizo mención expresa a la privación de efectos prevista en el art. 8º, *in fine* (15).

El escenario se agrava además si se considera que el período de transición puede prolongarse *sine die* puesto que de hecho al día de la fecha los plazos para la convocatoria al concurso público para constituir la Autoridad de Competencia ya se encuentran vencidos. Recuérdese que durante las casi dos décadas de vigencia de la derogada ley 25.156 jamás se constituyó el Tribunal de Defensa de la Competencia que fuera creado por aquella ley de 1999.

Las bondades del régimen de la nueva ley resultan de este modo derrotadas por la previsión de un ordenamiento transitorio que en la práctica extirpa el carácter previo del control concentraciones empujando a la Argentina nuevamente al sistema *ex post*. Convento en que el carácter transitorio del ordenamiento provisional tiende a restar gravedad al asunto, pero en un país en el que lo transitorio se torna con

(15) “Habrà de tenerse presente que la operación no tendrá efectos en nuestro país, hasta tanto se exprese la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” (res. CNDC 4/2009, p. 100, “Telefónica de España, Olimpia y otros s/diligencia preliminar art. 8º de la ley 25.156”).

frecuencia en permanente (desde el Impuesto a los R ditos hasta la ultra-actividad de las atribuciones de las autoridades de competencia de la ley 22.262 en el ya derogado régimen de la ley 25.156), la previsión de un período de transición inquieta más que tranquiliza.

En todo caso conviene tener presente que más allá de las dudas y objeciones que el nuevo régimen permita albergar, las autoridades no est n privadas de instrumentos para intervenir cuando la situación lo exija. Cabe recordar en este sentido que, a fin de evitar que el régimen de control de concentraciones económicas devenga aún más ineficaz que el que estuvo vigente en las últimas décadas, la autoridad de competencia podría evaluar la pertinencia de la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 44 de la ley a fin de prevenir la

consumación de graves e irreversibles daños a la competencia en caso que entienda que una operación notificada presenta serios riesgos a la misma. Destaco a este respecto que si bien el art. 44 resulta de aplicación en principio en el ámbito de las políticas de comportamiento y por ende a los acuerdos y conductas previstas en los Capítulos I y II de la ley, la nueva ley incorporó expresamente a las concentraciones económicas dentro de la prohibición genérica del art. 1  por lo cual las operaciones de concentración económica anticompetitivas también podrían quedar incluidas en el ámbito de aplicación de aquellas medidas. En cualquier caso, la prevención de efectos en el período transicional parece exigir irremediablemente una resolución expresa de la autoridad en lugar de fluir fácil y directamente de las previsiones del cuerpo legal del sector.

Y ahora el control *ex ante*... ¿se acabó la discusión?

JORGE L. GARNIER (*)

I. Introducción

Todos quienes hemos tenido algún recorrido (y aún seguimos...) en el mundo de la defensa de la competencia no somos ajenos al debate que desde hace muchos años se viene dando en torno a la conveniencia y/o necesidad de un control *ex ante* o *ex post* de las concentraciones económicas alcanzadas por la legislación antitrust.

Vale aclarar también, que si indagamos un poco más y traspasamos los bordes de nuestro país, nos daremos cuenta que estamos ante un debate que tiene tinte global, el cual, dependiendo del grado de madurez legislativa y política de cada jurisdicción, podremos determinar si se trata de una discusión enterrada o bien plenamente vigente.

La sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442(1) hace resurgir otra vez más en nuestro entorno la pregunta acerca de la cuestión sobre si el control de concentraciones económicas debe ser *ex ante* o *ex post*, o dicho de otro modo, cómo se tutela de mejor modo el

interés económico general, bien jurídico protegido por nuestra legislación antimonopolio.

II. Aproximación conceptual

Se entiende por “control *ex ante*” a la obligación de notificar una concentración económica a la autoridad de la competencia correspondiente con anterioridad a la celebración de dicha concentración, generándose la suspensión de la misma y permitiendo a la autoridad respectiva realizar un análisis previo a fin de autorizarla, denegarla y/o condicionarla.

Por el contrario, hablamos de control *ex post* en los supuestos en los cuales la obligación de notificar y correspondiente análisis por parte de la autoridad de aplicación se realiza con posterioridad al cierre de la operación.

El economista catalán Germà Bel y la profesora Milagros Álvarez, ambos de la Universidad de Barcelona, en un trabajo publicado en ocasión de la reforma del régimen de concentraciones económicas de España(2), sostienen que existe una contraposición convencional entre dos vertientes: (i) por un lado, las tendencias intervencionistas en control de concentraciones procedentes de la época del consenso regulador, derivadas del enfoque de la Escuela de Harvard en consonancia con su esquema de “estructura-conducta-resultados”; y (ii) por otro lado, aque-

(*) Abogado (Universidad Católica Argentina —UCA—). Maestría en Derecho Empresario Económico —tesis pendiente— (UCA). Profesor de Defensa de la Competencia en el Posgrado de Asesoramiento Jurídico de Empresas de UCA. Actualmente tiene a su cargo la división de Servicios Legales de EY Argentina. Previo a ello trabajó en Bruchou, Fernández Madero & Lombardi, White & Case LLP (Nueva York) y Genneia SA.

(1) Aprobada por el Congreso Nacional con fecha 9/5/2018. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 15/5/2018.

(2) BEL, Germà - ÁLVAREZ, Milagros, “La reforma de control de concentraciones en España: un balance provisional”, publicado en el sitio de la Universitat de Barcelona, <http://www.ub.edu/graap/bel&alv.pdf>.

llas propuestas destinadas a minimizar el control *ex ante* enfatizando el control *ex post* conforme al enfoque de la Escuela de Chicago, con su esquema de “resultados-conducta-fundamentos”, la cual postula aguardar a los resultados para analizar los fundamentos de la concentración.

De acuerdo con dichos enfoques, si bien es cierto que el esquema “estructura-conducta-resultados” podría ocasionar un excesivo intervencionismo estatal, sostienen los catedráticos españoles que la evidencia empírica demuestra que un porcentaje muy elevado de las concentraciones persiguen básicamente el aumento del poder de mercado, dando la posibilidad de numerosos y altísimos riesgos económicos derivados de la complejidad de resolver los posibles abusos de poder en virtud de un mero control *ex post*. En este sentido, si bien idealmente el primer esquema sería el más conveniente, dicho sistema *ex ante* requeriría estar acompañado de fuertes políticas y regulaciones tendientes a lograr cierta agilidad administrativa que resguarde correctamente la competencia a fin de evitar un intervencionismo extremo. Para dicho fin, sería necesario una adecuada implementación de organismos reguladores independientes de los respectivos gobiernos.

La introducción de la exigencia de notificación y autorización obligatoria y previa de ciertas operaciones de concentración, sin dudas que supone una interferencia regulatoria. Estas interferencias podrían considerarse como limitantes o condicionantes de la autonomía de las partes de la operación para celebrarla. Desde esta perspectiva, tal como señala Viviana Quevedo, “[...] resulta esperable que los agentes que protagonizan las operaciones de concentración perciban el requerimiento legal bajo análisis como una imposición indeseada y gravosa [...]” (3), y concluyan al mismo tiempo, en algunos casos con cierto fundamento empírico también, que el régimen no hace otra cosa que entorpecer innecesariamente la celebración de fusiones y adquisiciones de empresas generando efectos negativos para el desarrollo económico de un país.

(3) QUEVEDO, María V. G. de, “Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas”, RDCO 2000-273, p. 4.

Sin embargo, quienes defienden la aplicación de sistemas de control *ex ante* plantean que: (i) en primer lugar, los problemas competitivos derivados de una concentración son difíciles de mitigar *ex post* dada una dificultad práctica de controlar los precios con posterioridad a una concentración; y (ii) en muchos casos las consecuencias adversas de una concentración pueden ser irreversibles. Respecto a este último punto, la práctica demuestra que “[...] las empresas al fusionarse combinan activos y tecnologías, comparten estrategias y secretos comerciales y también rediseñan sus organizaciones despidiendo personal directivo” (4). Estos cambios en muchos casos podrían resultar difícilmente reversibles. Sostienen quienes se enrolan en esta línea de pensamiento que cuando una fusión ya se consumó y produjo efectos adversos en la competencia, “[...] ya no es factible dictaminar que se vuelva a la situación previa con las dos firmas separadas” (5).

En los supuestos de control *ex ante*, las distintas autoridades de defensa de la competencia tienen a su cargo la especulación sobre los efectos en la competencia generados por determinada operación y su decisión final se basa en la información presentada y no en el real efecto de la concentración, precisamente porque la misma aun no ocurrió. Así, el control *ex post* permite reducir los errores en la decisión de la autoridad respectiva gracias a la mejor información resultante de los efectos reales de la concentración. Sin embargo, también es pasible de un mayor costo para bloquear la concentración una vez producida. Tal como señalamos antes, una vez llevada a cabo la operación de que se trate, no siempre es posible restablecer plenamente la competencia, a lo cual se suma el hecho de que, para realizarlo las partes (y el público en general) deben incurrir, en la generalidad de los casos, en costos significativos.

Como vemos, hay autores que interpretan que el control *ex post* es preferible cuando las empresas parte de una concentración tienen

(4) GONZÁLEZ, Aldo - HUNEEUS, Federico, “Hacia un sistema de control preventivo de fusiones para Chile”, *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* (TIPS), nro. 19, Departamento de Economía, Universidad de Chile, abril 2015, p. 2.

(5) *Ibidem*.

únicamente información imperfecta e incompleta sobre el efecto pro-competitivo de la operación; mientras que, por el contrario, si las empresas involucradas tienen información completa respecto a los efectos, la autoridad de control preferirá un control *ex ante*.

Ninguna solución es perfecta si no es contemplada en su contexto. En cada caso en particular y en cada jurisdicción, habrá factores propios que determinarán la conveniencia de ir por uno u otro sistema.

III. Nuestra experiencia argentina

Sin ánimo de llevar adelante un análisis historiográfico de las diferentes normas que sobre la defensa de la competencia se dictaron en nuestro país, pero no por ello dejando de reconocer que el conocimiento de la historia del derecho nos permite entender su esencia y eso nos perfila mejor para explicar el ordenamiento jurídico actual, es que a continuación formularemos algunas notas de las últimas dos leyes de defensa de la competencia que precedieron la recientemente sancionada ley en relación con el tópico que nos ocupa.

La vieja ley 22.262 de Defensa de la Competencia publicada en el Boletín Oficial el 6 de agosto de 1980 no contemplaba un sistema de control de concentraciones económicas de modo explícito. Dichas concentraciones podían constituir conductas prohibidas, y por tanto violatorias de la normativa de defensa de la competencia, en tanto se comprobara que representaban actos que limitaran, restringieran o distorsionaran la competencia, afectando el interés económico general. Así, el doctor Cabanellas ya sostenía, al referirse a las fusiones, que los “[...] actos que afectan aspectos estructurales de la competencia resultan contrarios al art. 1º de la LDC [...]” (6). El legislador de 1980 estaba optando claramente por intervenir (si era necesario) *ex post*; es decir, si bien podía investigarse una fusión en el marco de la ley 22.262 a través del art. 1º de la misma, en los hechos no existía un sistema de control de concentraciones como luego va a consagrar la ley 25.156.

(6) CABANELLAS, Guillermo (h.), *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 1983, p. 270.

La sanción de la ley 25.156, publicada en el Boletín Oficial el 20 de septiembre de 1999, trajo consigo una novedad. Se incorpora el régimen de control de concentraciones económicas (quizás la reforma más significativa que traía esta nueva legislación). Si bien podría interpretarse que el legislador quiso inscribir a la Argentina dentro del grupo de países que entendían que el control de concentraciones económicas debía ser *ex ante*, una técnica legislativa ligera (tal vez consecuencia de la “urgencia” (7) con que se dictó esta norma), sumado a una serie de circunstancias fácticas que rodearon la aplicación de la misma durante buena parte de los últimos 15 años, generaron y siguen generando diferentes opiniones, tanto en torno a la conveniencia de uno u otro sistema como también acerca de la definición adoptada por el legislador y por la autoridad de aplicación en esta cuestión. Tener una postura clara, principalmente del regulador, es un aspecto material si pretendemos garantizar más y mejor seguridad jurídica.

El ordenamiento jurídico de 1999 pretendía hacer prevalecer un análisis prospectivo, es decir basado en el modo en que funcionaría el mercado relevante de que se trate una vez completada la operación de concentración económica sujeta a análisis. “Como todo análisis prospectivo, el mismo se encuentra cargado de incertidumbre, lo que obliga a las autoridades de defensa de la competencia a ser muy cuidadosas al momento de analizar los efectos que una concentración económica puede llegar a tener sobre el mercado, siendo saludable que se utilice un criterio sumamente restrictivo para decidir la prohibición de una concentración” (8).

Estábamos en presencia de un cambio de paradigma. Ahora el Estado buscaba tutelar el interés económico general sobre la base de dos pilares (i) la investigación y sanción de conductas y/o prácticas anticompetitivas (ya contemplado en la norma de 1980); y (ii) el control de concentraciones económicas.

(7) Recordemos que la sanción de la comentada, según el comentario de la época, habría sido “apurada” debido a que en ese entonces estaba teniendo lugar el proceso de toma hostil de YPF por parte Repsol.

(8) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156 Defensa de la Competencia comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 316.

Centrando nuestro análisis en la novedad que incorpora la ley 25.156, uno con cierta lógica y basado simplemente en la lectura de la norma sancionada (en particular el art. 8° de la ley 25.156) podría entender que existe cierta contradicción o indefinición en cuanto al sistema de control adoptado.

El art. 8° de la ley 25.156 (modificado por el dec. PEN 396/2001) rezaba: “Los actos indicados en el art. 6° de esta ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000), deberán ser notificadas para su examen *previamente o en el plazo de una semana* a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el art. 46 inc. d). *Los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los arts. 13 y 14 de la presente ley, según corresponda*” (destacados nos pertenecen).

Los debates en el Congreso de la Nación son muchas veces eternos, tediosos, por qué no pintorescos, a veces desprolijos (lo vemos cada vez que nuestros legisladores discuten leyes de alto impacto social o político); los intereses en juego y las concesiones políticas están a la orden del día. Estos condimentos generan en muchas ocasiones que el producto final no represente lo que en realidad quiso expresar el legislador o bien que se den contradicciones que terminan desnaturalizando ciertos aspectos de la norma. El problema al final del día no es menor, una técnica legislativa defectuosa termina generando inseguridad jurídica y acá no hay puntos medios, insistimos una vez más, un país serio debe garantizar la seguridad jurídica a sus habitantes y aquellos que vienen del exterior a invertir.

Si leemos el primer párrafo de este artículo despojado de la última oración, probablemente los términos del debate podrían haber sido otros. Sin embargo, el legislador de 1999 no so-

lamente planteó cierta duda al prever *ab initio* la posibilidad de que las partes puedan notificar una transacción ya sea antes o después del cierre de la misma, sino que al finalizar se preocupó por aclarar que la operación notificada, aun cuando hubiera cerrado, sería de ningún efecto hasta tanto la autoridad de aplicación no hubiera aprobado la transacción sujeta a análisis. Como vemos, por un lado el legislador planteaba el principio del control *ex ante* al establecer que las operaciones de concentración alcanzadas debían notificarse para su análisis en forma previa a su consumación (y esto lo ratifica la última oración del párrafo primero al referir a los efectos entre las partes), pero en forma paralela y tomando como fuente el art. 4° del reglamento 4064/89 de la Unión Europea, también daba la posibilidad a las empresas notificantes de llevar adelante esta notificación en el plazo de una semana a partir de la fecha de cierre (9) de la operación de que se trate.

Debemos aclarar que los interrogantes que la redacción de la norma anterior nos generaba no necesariamente eran compartidos por todos los actores del sector. Especialistas nacionales en la materia como Viviana Quevedo, Gabriel Martínez Medrano, entre otros, veían claro (no así en nuestro caso) que el sistema instaurado por la ley de 1999 consagraba un sistema de control previo de concentraciones (10).

La res. 788/1999 de la ex Secretaría de Industria y Comercio (luego derogada por el dec. 89/2001 reglamentario de la ley de 1999) generó en torno a esta cuestión más debate. La jurisprudencia administrativa de la CNDC permitía concluir que una operación pendiente de apro-

(9) Nótese que al respecto de qué se entiende por “conclusión del acuerdo” o cierre de la transacción, Quevedo, en su voto en disidencia en el dictamen CNDC Concentrac. 1, manifestaba que este concepto hace alusión a un acuerdo jurídicamente vinculante para las partes, agregando que “[...] queda perfeccionado con su celebración”, QUEVEDO, María V.G. de, “Apuntes...”, cit., p. 17.

(10) Quevedo sostiene que si bien “la ley no dice expresamente que el control de las operaciones de concentración se realiza *ex ante*, el art. 8°, primer párrafo, *in fine*, da pie al carácter previo de dicho control, lo cual se desprende de la privación de efectos de la operación, aún entre partes, hasta tanto la autoridad de aplicación la autorice o, en su caso, la condiciones o rechace”, QUEVEDO, María V.G. de, “Apuntes...”, cit., ps. 16 y 17.

bación no era más que una operación sujeta a una condición resolutoria. Este criterio fue incluso confirmado por la Comisión en agosto de 2000 cuando dicta la Opinión Consultiva (OPI) 62(11) (antes ya se había expedido en sentido similar en la OPI 45). Allí el regulador expresamente menciona que las operaciones de concentración económica pendientes de aprobación se encuentran sujetas a una condición resolutoria y, consiguientemente, una vez notificada la operación (previamente al cierre de la transacción), las partes podrían concluir la misma, aun estando pendiente la aprobación por parte de la autoridad competente, siempre y cuando, en caso de rechazarse o condicionarse dicha operación, la situación sea pasible de volver al estado anterior previo a la celebración de la operación. Lo que la CNDC consagraba con el dictado de la OPI 62 no era otra cosa que el hecho de que una operación “[...] tendría plenos efectos jurídicos durante todo el período que transcurre entre la celebración del acuerdo y la concreción de la condición resolutoria” (12). En los hechos, la propia autoridad de aplicación había mutado de un sistema de control *ex ante* a un sistema de control *ex post*. Como menciona Julián Peña en un trabajo de aquella época publicado en el Boletín Latinoamericano de Competencia, el sistema de control “[...] se podía convertir de esta manera en un trámite burocrático necesario pero irrelevante” (13).

Luego la Comisión en el conocido caso LAPA se enfrenta nuevamente al problema que se generaba en nuestra legislación a raíz del texto confuso del viejo art. 8º. En este expediente de concentración la Comisión recomendaba al Secretario de la Competencia no aprobar la operación notificada dado los efectos nocivos que representaba sobre la competencia. La dificultad se daba (tal lo planteado por el dictamen mayoritario) en que, a raíz de lo preceptuado en la oración final del párrafo primero del viejo

art. 8º, no se podría obligar a los compradores a vender LAPA dado que técnicamente nunca la habrían adquirido. Montamat (en disidencia) sostenía que se estaba negando la realidad y él proponía que sean los compradores quienes se desprendan de LAPA. El presidente de la CNDC de ese entonces, Ismael Malis, habló de dejar sin efecto la operación sin hablar de venta. Finalmente el Secretario terminó aprobando la operación sujeta a que los compradores vendan todo el paquete accionario que habían adquirido y se estaba autorizando. Como dicen Cervio y Rópolo se trataba de una solución “[...] muy ingeniosa para salir del difícil brete en el que estaban las autoridades” (14).

La sanción del dec. regl. 89/2001 (y la derogación de la res. 788 comentada) fue para muchos una ratificación del carácter previo del control de concentraciones en Argentina instaurado por la ley 25.156. Peña sostiene en el trabajo referido que esto quedaba de manifiesto al fijar dicho decreto que el Tribunal debía establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar si una operación de concentración quedaba o no sujeta al control previo previsto en el art. 8º de la ley 25.156. Incluso y yendo más allá todavía, algunos entendieron que al derogarse la res. 788/1999 la discusión respecto de los efectos suspensivos o resolutorios que tenía la aprobación por parte de la autoridad de control había quedado superada. Así, Gabriel Martínez Medrano señala que si la propia ley fijaba “[...] que los actos no producen efectos hasta que estén autorizados tácita o expresamente, no puede hablarse de que la falta de autorización es una condición resolutoria ya que el acto no ha tenido efectos previos” (15).

Más allá del purismo técnico de una u otra postura, lo cual no pretendo debatir, sostener que una operación de concentración económica no podía cerrar hasta tanto la autoridad de control se expidiera (y, por lo tanto, otorgarle efectos suspensivos a la misma), hubiera significado frenar y/u obstaculizar el desarrollo económico y de las inversiones en nuestro país y,

(11) Opinión Consultiva nro. 62, de fecha 29/8/2000 emitida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

(12) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 396.

(13) PEÑA, Julián, “El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la ley 25.156”, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro. 12, p. 39.

(14) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 399.

(15) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 175.

volviendo a la postura del vocal Montamat en el caso LAPA, negar la realidad.

Quizás intencional, quizás no, los interrogantes siguieron y siguen hasta hoy. La propia CNDC no fue ajena a ello y en diversas oportunidades tuvo que encontrar soluciones astutas para dar respuesta a una norma que seguramente adolecía de defectos en su modo de redacción. En definitiva, y mientras la norma no fuera modificada, quienes hacemos del ejercicio de la profesión nuestro medio de trabajo teníamos que dar a los clientes respuestas frente a un escenario que planteaba dudas. ¿Debíamos recomendar a nuestros clientes notificar sus operaciones de concentración antes o después del cierre de las mismas?; ¿la Comisión de Defensa de la Competencia exigía efectivamente un control previo?; ¿se debía notificar y luego, aún pendiente de aprobación, cerrar?; pero y ¿por qué no se podía cerrar la operación y dentro del plazo de una semana notificar si la propia ley también lo admitía? Todas estas preguntas fueron, y quizás por un tiempo más sigan siendo, motivo de debates y discusiones. Probablemente la respuesta no haya sido (y aún hoy no lo sea) una sola; tal vez haya que buscarla en el análisis que como profesionales hacíamos y hacemos de cada caso en particular. Dudar que el legislador del 99 buscó superar en este aspecto al del 80 y pretendió tomar control de la situación de manera preventiva, creemos que está fuera de discusión, de cualquier manera, y si bien esta pudo haber sido su intención, la traducción normativa le abrió el juego a otra u otras opción/es.

Si a lo señalado en el párrafo anterior le agregamos que la realidad nos informaba que las operaciones sujetas a análisis de la autoridad día a día tardaban más tiempo en ser resueltas (i.e. la experiencia propia nos indica de una notificación que, aun con dictamen favorable agregado al expediente, al cabo de siete años aún seguía esperando una resolución), ¿qué respuesta debíamos dar a nuestros clientes? ¿Era válido, sobre la base de que podía interpretarse que el control en Argentina era *ex ante*, recomendar a nuestros clientes no cerrar una transacción hasta que la autoridad (a los tres, cinco, seis o siete años de realizado el *filing*) se expida? Por muy conservador que uno pueda ser al momento de asesorar a un cliente, esta no

parecía ser una solución aceptable o al menos defendible desde ningún punto de vista. Dar una respuesta de ese tenor a quienes venían a nosotros con la consulta era casi como invitarlos a no hacer negocios en la Argentina, o lo que resulta mucho más difícil de digerir para un abogado, que el cliente termine buscando uno más valiente que le diga lo que él quiere escuchar (sin por ello dejar de reconocer que podría haber cierto riesgo).

En la práctica lo que terminó pasando (y aún continúa) fue que las transacciones se cerraban aun sin que la autoridad se haya expedido; en ciertos casos se notificaban antes del *closing* y en otros incluso, haciendo uso del plazo de una semana que expresamente consagraba la ley 25.156 y ratifica el dec. regl. 89/2001, las partes cerraban la transacción y dentro del plazo mencionado presentaban el formulario de notificación. Si después la autoridad rechazaba o aprobaba la operación sujeta al cumplimiento de tales o cuales condiciones, entonces, el modo de cumplir el condicionamiento o deshacer la transacción (si aún era posible) se iba a definir entre las partes de acuerdo con los términos de esas largas cláusulas que los abogados corporativos redactábamos (y por un tiempo seguiremos haciendo) en los contratos de compraventa de acciones. La propia Comisión entendió del problema y la jurisprudencia pacífica del organismo convalidó las diferentes variantes del accionar que en los hechos se vino sucediendo en los últimos años.

¿Y entonces...?, ¿el control de concentraciones económicas en Argentina era *ex post* o *ex ante*? La experiencia nos lleva a pensar que si bien la intención del legislador pudo ir hacia un lado, la realidad nos llevó hacia otro y al final de cuentas vivimos, durante la vigencia de la ley 25.156 (y por ahora también) enmarcados en un régimen de control que si bien pudo haberse concebido *ex ante* (siguiendo cierta literalidad normativa) presentaba todas las características de un régimen de notificación y control *ex post* (16).

(16) En igual sentido se expresa Federico Rossi al sostener que en el régimen actual (haciendo referencia al de la ley 25.156), “[...] las partes tienen la autoridad *de facto* para consumir toda transacción sujeta a notificación hasta una semana después de haberse efec-

IV. La nueva ley 27.442. ¿El fin del debate?

El pasado 9 de mayo de 2018 el Congreso Nacional finalmente sancionó la tan esperada nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442. Después de infinidad de proyectos que fueron y vinieron, esa actualización normativa que tanto reclamábamos finalmente llegó. Es de destacar la enorme participación que se dio en el debate a los diferentes actores del sector. Esta técnica legislativa es verdaderamente plausible y debe ser un modelo a seguir.

Entre los cambios que incorpora la nueva ley, una vez más vuelve a recobrar vigencia la cuestión del *control ex ante* o *ex post*.

En forma expresa y sin que se deje lugar a dudas, el nuevo art. 9° de la comentada ley, derogando el viejo art. 8° de la ley 25.156, reza lo siguiente: “Los actos indicados en el art. 7° de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, *deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control*, el que acaeciére primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia. *Los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación con terceros una vez cumplidas las previsiones de los arts. 14 y 15 de la presente ley, según corresponda*”. Luego continúa y ratifica aún más lo señalado precedentemente al expresar que “Los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, así como *el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán*

sancionados por dicho tribunal como una infracción, en los términos del art. 55, inc. d) de la presente ley, sin perjuicio de la obligación de revertir los mismos y remover todos sus efectos en el caso en que se determine que se encuentra alcanzado por la prohibición del art. 8° de la presente ley” (destacados nos pertenecen).

La consagración del sistema de control *ex ante* queda de manifiesto en el nuevo texto del art. 9° de la ley 27.442. Ya no caben dudas que el legislador buscó con esta modificación tomar control de la situación de forma previa a la concentración. Este cambio de prototipo necesariamente obligará a las partes a modificar sus conductas, ya no habrá lugar para que las partes de una transacción lleven adelante actos de concentración mientras se encuentre pendiente la resolución aprobatoria de la autoridad de control. Las empresas notificantes quedarán sujetas a una obligación suspensiva “[...] debiendo evitar la adopción de cualquier medida que, de forma directa o indirecta y prematura, de forma parcial o total, implemente la transacción [...]” (17) antes de haber obtenido la autorización de la autoridad de competencia. Destaca Federico Rossi que este nuevo sistema de control previo cambiará necesariamente la manera en que las fusiones y adquisiciones se concebirán en nuestro país. En particular señala Rossi, que esto se verá reflejado respecto de la planificación “[...] de los procesos de integración de los negocios y el intercambio de información confidencial entre partes previo a la autorización final” (18).

La nueva norma agrega (incluso ratificando la voluntad del legislador de ejercer este control preventivo) que “[...] el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán sancionados por dicho tribunal como una infracción [...]”. Siguiendo lo comentado por Rossi, este expresamente sugiere que “[...] es razonable pensar que dicho previsto no quedaría limitado estrictamente a la culminación de una transacción *per se*, sino que sería aplicable a cualquier acto o comportamiento de las partes que pudiera implementar la transacción de

tuado”. Rossi, Federico, “La nueva ley de competencia argentina: modernización del régimen de competencia argentino”, publicado por *Competition Policy International*, mayo de 2018. En forma coincidente, Marcelo den Toom sostiene que el actual sistema de notificación *ex post* tornó la revisión de concentraciones en una práctica burocrática y frustrante, en donde la decisión final es emitida, en promedio, dos años y medio después de la presentación inicial (extractado del artículo publicado por MADGE-WYLD, Tom, “Argentina transforms competition regime”, en *Global Competition Review*, 15/5/2018 - <https://globalcompetitionreview.com/article/1169618/argentina-transforms-competition-regime>).

(17) ROSSI, Federico, “La nueva ley...”, cit., p. 4.

(18) *Ibidem*.

forma parcial (p. ej., al ejercer alguna influencia leal o de facto sobre la actividad comercial del objetivo antes de tener la autorización)” (19).

¿Pero el debate concluyó? La nueva normativa antitrust que nos rige pareciera indicar que aún el tema no está cerrado. El art. 84 de la nueva ley 27.442 prevé un plazo de transición para la entrada en vigencia plena de este nuevo sistema de control *ex ante*. Al respecto, la norma comentada formula: “El primer párrafo del art. 9° de la presente ley entrará en vigencia luego de transcurrido el plazo de un (1) año desde la puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia. Hasta tanto ello ocurra, el primer párrafo del art. 9° de la presente ley regirá conforme el siguiente texto: Los actos indicados en el art. 7° de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen previamente *o en el plazo de una semana* a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante la Autoridad Nacional de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el art. 55 inc. d)” (destacados nos pertenecen).

Mal que nos pese admitirlo, todo pareciera indicar que por ahora el control *ex post* no desapareció. Desde ya que no queremos ser escépticos y confiamos en que la intención del legislador de 2018 no quedará solo en una intención, pero no podemos dejar de recordar que la anterior ley de 1999 también previó la formación de un Tribunal de Defensa de la Competencia que, por los motivos que fuere, nunca nació a la vida. Hoy la consagración del sistema de control *ex ante* está atada a la puesta en funcionamiento de la nueva Autoridad Nacional de la Competencia que crea la nueva normativa. Esperemos que la conformación de esta nueva autoridad no termine resultando letra muerta y encuentre concreción en los próximos meses.

(19) *Ibidem*.

V. Palabras finales

Como expresamos antes, en cualquier caso la intervención del Estado a través de un sistema de control de concentraciones supone cierta afectación a los derechos de raigambre constitucional de propiedad y libertad de contratación. En este sentido, en una economía de mercado, será prudente que tal intervención del regulador tenga carácter restrictivo.

Hemos dejado ver también que el sistema de control *ex ante* presenta más bondades que el sistema de control *ex post* dado que permite actuar antes y de modo preventivo (no teniendo que enfrentarse a las consecuencias muchas veces de imposible materialización de tener que desarticular una transacción ya ocurrida) con el objeto de tutelar del mejor modo posible el interés económico general, bien jurídico protegido de la legislación de defensa de la competencia en nuestro país y por otro lado evitar la imposibilidad de corregir los efectos anticompetitivos que dicha conducta pudo haber tenido (20).

Ahora bien, si la implementación de la nueva ley 27.442 no trae consigo también un programa orgánico de modernización de todo el sistema, la intención del legislador de 2018 probablemente quede en intención y no llegue a superar a la del legislador de 1980. Debemos reconocer que la actual administración está trabajando en esa línea; los tiempos de análisis de a poco se van acomodando; la desburocratización del sistema está en marcha; sin embargo la marcha no debe detenerse. “La implementación de un sistema de control previo de concentraciones necesariamente presenta varios retos para la Autoridad de Competencia argentina, particularmente en relación con los tiempos de revisión” (21).

Suspender los efectos de una transacción es un freno a la iniciativa privada (y, como dijimos

(20) Quevedo señala expresamente que el control previo de las concentraciones económicas “[...] conlleva ostensibles ventajas y simplicidad sobre el control posterior. En efecto, es evidente que se incurrirán en altos costos para las partes y terceros si se tiene que revertir operaciones ya consumadas, tal como sucede en los países que no imponen la obligación de notificar previamente la operación”, QUEVEDO, María V.G. de, “Apuntes...”, cit., p. 5. En igual sentido se pronuncia Cabanellas (h.).

(21) ROSSI, Federico, “La nueva ley...”, cit., p. 7.

antes, una limitación al ejercicio de derechos de raigambre constitucional) y por tanto requiere que la autoridad cumpla de manera estricta con la letra de la ley y en particular que respete los plazos allí incluidos del modo más eficiente posible. La incertidumbre que se genera a consecuencia de procesos de revisión regulatoria extensos es siempre costoso, y en especial en los procesos de fusión donde las empresas involucradas necesitarán reestructurar y reorganizar sus sistemas de producción, distribución y comercialización. Dice Massimo Motta al respecto de las ventajas de un sistema *ex ante* de control que tal sistema responde a un criterio de eficiencia, y agrega que “[...] sería simplemente una pérdida de tiempo permitir a las firmas primero fusionarse y luego resolver que deben volver a la situación original” (22).

(22) MOTTA, Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2009, p. 37. Nótese que la cita es una traducción libre del texto original en inglés contenido en la obra citada.

Suspender los efectos de una transacción por un plazo de 45 días podría ser entendible, ahora bien, suspender los efectos de una transacción 1 o 2 años (o muchos más como se dio en los años que precedieron a la actual administración) claramente no. No actuar de modo eficiente puede convertir a la Argentina en un país sin inversiones y está claro que este no es el objetivo buscado por nadie. La aplicación exitosa de esta nueva norma dependerá en gran medida de la capacidad del regulador para actuar “[...] de manera rápida, justa, predecible y no discrecional” (23).

Partiendo del análisis que pretendimos llevar adelante en este trabajo, nos volvemos a preguntar: Y ahora el control *ex ante*..., ¿se acabó la discusión?

(23) *Ibidem*.

Implicancias del efecto suspensivo en el procedimiento *gun jumping*

IGNACIO C. MORA (*) Y AGUSTINA REDONDO (**)

I. Introducción de un sistema suspensivo en el procedimiento de control de concentraciones económicas

I.1. Notas preliminares

Sin lugar a dudas uno de los cambios más sustanciales que introduce la ley 27.442 es la adopción del sistema suspensivo en el análisis de concentraciones económicas, lo cual implica que una operación que cumple con los parámetros de notificación obligatoria no podrá llevarse adelante sino hasta que haya obtenido aprobación de manera previa por parte de la Autoridad Nacional de la Competencia.

Lo anterior implica un gran paso adelante para la continuación en la profesionalización de esta materia en Argentina, ya que permite alinearse con las jurisdicciones más relevantes y con más trayectoria y experiencia en esta disciplina. Asimismo, la adopción de un sistema suspensivo permite a los distintos actores económicos internacionales poder planificar sus transacciones multi-jurisdiccionales de manera más eficiente, ya que el mismo se presenta

como un régimen similar al de la mayoría de los países del mundo.

Mientras que la anterior ley 25.156 permitía a las partes de una transacción su consecución antes de haber obtenido autorización por parte de la autoridad, el art. 9º de la ley 27.442 establece que “los actos indicados en el art. 7º de la presente ley... deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia”, y continúa diciendo que “los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, así como el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán sancionados por dicho tribunal como una infracción”.

Lo anterior implica, en la práctica, que mientras la Autoridad Nacional de la Competencia esté llevando adelante su análisis, las partes deben permanecer independientes y mantener una separación total de sus negocios, ya que en efecto continúan siendo competidores en el mercado. Tal y como desarrollaremos con más detalle en el capítulo siguiente, lo anterior genera desafíos muy grandes en términos de negociación de acuerdos transaccionales de *M&As*, como, por ejemplo, en la redacción de cláusulas que imponen obligaciones a la vendedora y a la compañía objeto entre la firma del documento y el cierre de la operación, o que sujeten la realización de ciertos actos al consentimiento del comprador, como así también con

(*) Abogado. Se unió a Marval, O’Farrell & Mairal en 2011 y se desempeña en el Área de Defensa de la Competencia y luego fue asociado extranjero en las oficinas en Londres de Slaughter and May.

(**) Abogada. Master of Laws de Queen Mary University of London. Se incorporó a Marval, O’Farrell & Mairal en 2012, y se desempeña en el Área de Defensa de la Competencia. Además, entre septiembre de 2017 y febrero de 2018, fue asociada en las oficinas en Bruselas de Freshfields Bruckhaus Deringer.

relación al intercambio de información sensible que pueda darse en el marco de negociaciones o *due diligence*.

Un dato relevante a tener en cuenta es que la puesta en marcha del sistema suspensivo se encuentra supeditada a la creación del organismo de contralor de la nueva ley, tal y como reza el art. 84 de la ley 27.442: “el primer párrafo del art. 9º de la presente ley entrará en vigencia luego de transcurrido el plazo de un (1) año desde la puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia”. Hasta entonces, seguirá rigiendo el sistema no suspensivo o *post closing*.

El período de transición del art. 84 está pensado para que la Autoridad Nacional de la Competencia pueda organizarse y generar procesos internos que maximicen su productividad, así como realizar todas las contrataciones de personal necesarias y llevar adelante los ajustes correspondientes a los fines de poder comenzar a aplicar el régimen suspensivo sin sobresaltos y de la manera más ordenada posible.

1.2. Ventajas del sistema suspensivo

En primer lugar, un sistema suspensivo le permite a la autoridad llevar adelante un análisis preventivo y detectar cualquier tipo de efecto anticompetitivo que pueda traer aparejada la transacción antes de ocurrir. Mientras tanto, con un sistema no suspensivo, la autoridad se encuentra en una posición en la que el daño ya acaeció y debe imponer remedios a los fines de restablecer las condiciones competitivas de los mercados afectados.

En segundo lugar, brinda una mayor seguridad jurídica a las partes de una transacción, quienes con un sistema no suspensivo se encontraban sujetos a una incertidumbre (en algunos casos extremadamente prolongada) en cuanto a sus derechos, toda vez que la autoridad retenía durante el transcurso del procedimiento el poder de condicionar o incluso rechazar una transacción que ya se encontraba consumada y en donde muchas veces el comprador y la compañía objeto ya se encontraban operando de manera conjunta.

En línea con el párrafo anterior, con un sistema no suspensivo podían darse situaciones complejas desde el punto de vista práctico, como por ejemplo dos o más transacciones sucesivas que versaban sobre el mismo objeto, celebradas con una diferencia de tiempo considerable entre una y otra, que se encontraban siendo analizadas por la autoridad de manera simultánea. Esta circunstancia generaba (i) problemas logísticos para la autoridad, quien no podía resolver la transacción ulterior sino hasta que haya resuelto la transacción original, y (ii) problemas de inseguridad jurídica para las partes de la transacción ulterior, principalmente para el comprador, quien no tenía la certeza de si el vendedor era el legítimo propietario de la empresa o activo que estaba adquiriendo.

En tercer lugar, si todas las jurisdicciones en las que una transacción va a ser notificada han adoptado un sistema suspensivo, es más probable que las distintas autoridades lleven adelante un análisis en paralelo, lo cual fomenta la comunicación entre ellas y el conocimiento de los distintos enfoques que se han adoptado para el análisis competitivo de la misma. Como punto particular, un análisis coordinado entre las distintas autoridades permite soluciones más eficientes en caso de transacciones problemáticas, ya que se pueden llegar a remedios que excedan el espectro geográfico puramente nacional, evitando que cada autoridad tenga que imponer medidas locales. Lo anterior también se presenta beneficioso para las partes, toda vez que les permite estructurar su transacción de manera más ordenada y, en caso de ser necesario, poder negociar remedios a nivel regional, o incluso global, que solucionen cualquier problema de competencia que las distintas autoridades puedan considerar.

1.3. Desafíos para la autoridad

Una mención especial debe hacerse al tiempo de análisis de transacciones, lo cual ha sido una materia pendiente para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los últimos años. Si bien la adopción de un sistema suspensivo implica obvias ventajas y un acercamiento a la práctica internacional, no es menos cierto que también representa un desafío para la autoridad, que deberá analizar las transacciones que se notifiquen en un tiempo razonable. En la

medida que la Autoridad Nacional de la Competencia demande un tiempo excesivo para su análisis de competencia, el cierre de una transacción (a nivel global) puede verse afectado.

El art. 14 de la ley 27.442 establece que dentro de los cuarenta y cinco días de presentada la notificación de manera completa, la autoridad deberá emitir una resolución fundada y autorizar, imponer remedios o denegar la autorización. Asimismo, dicho artículo establece que en aquellos casos en donde la operación notificada tenga la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, la Autoridad Nacional de la Competencia le comunicará a las partes sus objeciones y convocará a una audiencia para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. En este último caso, el plazo de resolución de dicha autoridad podrá extenderse por hasta ciento veinte días adicionales, el cual podrá suspenderse hasta tanto las partes respondan a las objeciones presentadas.

Con la anterior ley 25.156 se establecía un plazo de cuarenta y cinco días hábiles, pero la autoridad llevada adelante una interpretación *stop the clock*, en virtud de la cual consideraba que el plazo legal solo comenzaba a correr una vez que la notificación se encontraba completa. En este contexto, un pedido de información emitido en el marco del análisis interrumpía dicho plazo y podía alargar de manera excesiva los tiempos del procedimiento.

La ley 27.442 insiste con el concepto y establece que el plazo legal comienza a correr una vez que la información y antecedentes se hayan presentado de manera completa y correcta. Con base en lo anterior resulta razonable suponer que la Autoridad Nacional de la Competencia continúe con dicha interpretación *stop the clock*. Sin embargo, y teniendo en cuenta que un retraso excesivo puede atentar en contra del propio sistema, la ley 27.442 establece que *“la dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables”*. Esta herramienta es una novedad de la nueva normativa y permite al administrado accionar por ante la autoridad en caso de demoras excesivas e injustificadas.

Otros aspectos relevantes que pueden ayudar a acelerar los plazos de análisis son: (i) el aumento de los umbrales de notificación por la ley 27.442, que se constituyen en verdaderos filtros para diferenciar transacciones relevantes de las que no merecen escrutinio previo, y (ii) el establecimiento de un procedimiento *fast track* para aquellas transacciones que, sin perjuicio de superar el umbral de volumen de negocios, son de “bajo impacto” a la competencia, las cuales serán analizadas siguiendo un procedimiento especial y sumario. Lo anterior ciertamente tenderá a que la Autoridad Nacional de la Competencia pueda centrarse únicamente en aquellas transacciones relevantes y pueda cumplir, en la medida de lo posible, con el plazo legal y con la expectativa internacional.

1.4. Desafíos para las partes

La implicancia práctica más importante que la incorporación del sistema suspensivo tendrá para las partes de una transacción es que durante el procedimiento no podrán estar sujetas al mismo órgano de control, coordinar sus actividades comerciales ni compartir información sensible entre ellas, esto último siendo posible pero luego de haber estructurado mecanismos de protección de información sensible a través de, por ejemplo, la creación de *clean teams*, como se desarrollará en el capítulo siguiente.

II. Gun Jumping

Conforme fuere establecido en el capítulo anterior, la consecuencia lógica que trae aparejada la incorporación del efecto suspensivo en el control de concentraciones económicas que fuere impuesto con la sanción de la ley 27.442, es que las partes involucradas en una determinada transacción se ven impedidas de implementarla con anterioridad a la obtención de la autorización por parte de la autoridad de competencia o luego de transcurrido el plazo que dicha autoridad tenía para analizarla.

En otras palabras, la prohibición tiene el efecto de congelar el panorama competitivo hasta tanto la Autoridad Nacional de la Competencia analice el impacto de la transacción y autorice a que las partes involucradas puedan proceder a la implementación de la misma. En la legislación europea, dicha obligación es conocida bajo el nombre de *standstill obliga-*

tion(1), y la violación a dicha obligación es conocida como *gun-jumping*.

De acuerdo con los estándares internacionales(2), el *gun-jumping* puede tener lugar bajo dos escenarios distintos: (i) el *gun-jumping* procesal y el (ii) *gun-jumping* sustantivo.

En primer lugar, el *gun-jumping* procesal tiene lugar cuando las partes de una transacción no cumplen con la obligación legal prevista en el art. 9º de la ley 27.442 de notificarla, en la medida que la misma cumpla con los requisitos establecidos por el mismo artículo.

Conforme fuere mencionado en el apartado anterior, ejemplos de *gun-jumping* procesal pueden incluir, entre tantos otros, el supuesto de que las partes de una transacción, luego de firmado el acuerdo por medio del cual se instrumenta la misma, consolidan la toma de decisiones para el curso ordinario de sus negocios, o el comprador ejerce los derechos de voto o una influencia sustancial en las actividades de la compañía objeto, o integran su fuerzas de ventas, sin antes haber procedido con la notificación obligatoria por ante la autoridad y, por lo tanto, sin que la misma los haya autorizado a integrarse.

Por el contrario, el *gun-jumping* sustantivo ocurriría cuando las partes de una transacción, habiéndola notificado por ante la autoridad, coordinan su estrategia competitiva con anterioridad a haber recibido la autorización correspondiente. Ello normalmente ocurre cuando las partes intercambian información competitivamente sensible, esto es, información sobre los costos de las compañías involucradas, sus estrategias de marketing, sus principales clientes, los planes de expansión, precios cobrados por sus productos y/o servicios ofrecidos, etc.

En los últimos años, las autoridades de competencia a lo largo del mundo han puesto un especial énfasis en detectar y penalizar este tipo de prácticas. Dado que las autoridades tie-

nen diferentes interpretaciones respecto de los actos que darían lugar a una implementación temprana, entendemos que es esencial que la Autoridad Nacional de la Competencia emita lineamientos claros a efecto de que sirvan como guía para las partes, en especial para aquellas transacciones que involucran notificaciones en múltiples jurisdicciones.

A modo de ejemplo, el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* en septiembre de 2016 emitió los Lineamientos para el Análisis de la Consumación Previa de Concentraciones Económicas(3), cuyo principal objetivo fue proveer parámetros confiables para que las partes tengan en consideración, y así promover la seguridad jurídica, mitigar los costos de las concentraciones económicas y facilitar la integración de las actividades los agentes económicos.

Por su parte, en Estados Unidos, la jurisprudencia(4) ha establecido ciertos ejemplos sobre las actividades que podrían entenderse como una consumación prematura, entre los cuales se ha incluido: (i) la asignación de clientes, (ii) unificación en el órgano de gestión de la compañía, (iii) las campañas de marketing conjuntas, (iv) acciones que modifiquen los incentivos de las compañías activas en el mercado, y (v) el intercambio de información sensible, entre otros.

En lo que respecta a Argentina, al momento no se ha emitido lineamiento alguno. Es de esperar que una vez instaurado el sistema suspensivo para el control de concentraciones económicas, la Autoridad Nacional de la Competencia emita algún tipo de directriz. Caso contrario, deberemos esperar a que se apliquen sanciones a efectos de conocer el criterio interpretativo que adoptara dicha autoridad.

(3) "Guia para Análise da Consumação Prévia de atos de concentração econômica", disponible en http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf/view.

(4) "United States v. Computer Assoc.", nro. 11-cv-02062 (D.D.C. 28/9/2001); "United States of America v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International Inc.", 2002; "United States of America, District Court for the District of Columbia United States of America v. Gemstar - TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc.", 2003.

(1) Ver art. 7º de la Council Regulation (EC) nro. 139/2004 de fecha 20/1/2004.

(2) LEMONNIER, Jean-Julien, "Enforcers take aim at gun-jumping" (available at <https://www.whitecase.com/publications/insight/enforcers-take-aim-gun-jumping>).

A lo largo de este apartado analizaremos, en primer lugar, cuáles son las diferencias entre las sanciones por notificación tardía y por *gun-jumping*; luego identificaremos los recaudos que las empresas deberían tener en cuenta antes de iniciar las negociaciones por la fusión o adquisición de una empresa, y finalmente repasaremos las sanciones que la ley 27.442 estipula para este la implementación temprana de la transacción, como así también las sanciones impuestas en otras jurisdicciones.

II.1. Diferencias conceptuales con la multa por notificación tardía

Hasta la sanción de la ley 27.442, en Argentina regía un sistema de control de concentraciones no suspensivo o *post-closing*, por lo que el instituto del *gun-jumping* no era una preocupación atento a que las partes se encontraban habilitadas a cerrar sus transacciones, siempre que procedieran a notificarlas dentro del plazo de una semana de consumado su cierre (5).

Es así que la multa diaria que preveía el art. 46 inc. d) de la ley 25.156, ha sido aplicada exclusivamente en el supuesto de que la notificación de la transacción se efectuara luego de vencido el plazo de una semana mencionado anteriormente (“multa por notificación tardía”) (6).

Ahora bien, con la introducción del sistema suspensivo, la multa por notificación tardía desaparece, para dar lugar a la multa que sanciona el *gun-jumping*. Ello toda vez que las partes ya no contarán con un plazo perentorio para cumplir con la obligación de notificar una determinada concentración económica cerrada, sino que deberán anticiparse y notificar la transacción con la antelación necesaria a la fecha del cierre de la transacción que esté estipulado y así obtener la autorización previa de la Autoridad Nacional de la Competencia.

(5) Art. 8º, ley 25.156.

(6) “Air Comet SA y Sociedad Estatal de Participaciones de España s/notificación art. 8º de la ley 25.156 (Conc. 375)”; “Sanofi-Aventis s/notificación art. 8º ley 25.156 (Conc. 506)”; “Glaxosmithkline PLC, Galaxy Acquisition y otro s/notificación art. 8º de la ley 25.156 (Conc. 829)”; “Pfizer INC s/notificación art. 8º de la ley 25.156 (Conc. 1064)”, entre otros.

La excepción a lo anteriormente expuesto, es lo que ocurrirá mientras el régimen transitorio que prevé el art. 84 de la ley 27.442 esté en vigencia. Durante dicho régimen, la multa por notificación tardía será aplicable, tal como ha sido aplicada durante la vigencia de la ley 25.156.

II.2. Reglas prácticas para mitigar los riesgos de multas por *gun jumping*

II.2.1. Obligaciones contractuales

A los fines de permitirle al comprador proteger el valor de su inversión, las autoridades de competencia generalmente son permisivas en cuanto a la posibilidad de imponer obligaciones de “conducta” al vendedor para con relación a la empresa objeto desde la firma del acuerdo transaccional hasta su efectivo cierre. Este tipo de obligaciones no deben suponer que el comprador pueda tener una injerencia en la empresa asimilable a la que tendría un controlante, sino que deben limitarse a cuestiones tales como (i) que la compañía objeto actúe dentro de los límites de sus actividades ordinarias e imponer penalidades por cualquier desvío de las mismas, o (ii) que el comprador preste conformidad con relación a dicho accionar, siempre que dicho consentimiento no implique en la práctica un derecho de veto sobre cuestiones que, conforme surge de la jurisprudencia de la autoridad, otorguen control (por ejemplo cuestiones relativas al presupuesto, plan de negocios, entre otros) (7).

Las partes de una transacción deben analizar de manera muy cuidadosa aquellas cláusulas contractuales que otorguen cierta injerencia al comprador con relación a la compañía objeto, a los fines de evitar exponerse a multas por *gun jumping*. En este sentido, se podrían considerar las siguientes reglas generales:

- Las cláusulas que imponen limitaciones a la compañía objeto de tomar decisiones o realizar inversiones por fuera del curso ordinario de sus actividades son generalmente aceptables. En este sentido, el pedido de consentimiento al comprador para la realización de dichas actividades deben estar li-

(7) Opinión consultiva nro. 124 de fecha 6/7/2001.

mitadas a preservar el valor de su inversión en la compañía objeto.

- Toda restricción a la conducta de la compañía objeto debe ser de excepción y referirse a cuestiones suficientemente importantes. En otras palabras, si se restringe el accionar de la compañía objeto por cuestiones cotidianas o no relevantes, se corre el riesgo que la autoridad pueda interpretar que el comprador ya ha adquirido control sobre la misma.
- El intercambio de información sensible debe estar estrictamente ligado, y limitado, a cuestiones absolutamente necesarias para el *due diligence* y para estructurar los planes de integración, siempre que se hayan implementado mecanismos de protección de información sensible, como se explicará en detalle en el punto siguiente.
- Especial cuidado debe tenerse con relación a aquellas decisiones que puedan ser interpretadas como pasos tendientes a la implementación de la transacción. Así, las medidas tomadas en anticipación al cierre a los fines de facilitar la integración futura deben ser cuidadosamente implementadas. Por ejemplo, el otorgamiento por parte de la compañía objeto de poderes en favor de empleados del comprador con anterioridad al cierre puede ser problemático.
- Para seguridad del comprador, se pueden establecer cláusulas que permitan un ajuste al precio de compra con posterioridad al cierre, en la medida que el vendedor o la compañía objeto hayan llevado adelante actividades en detrimento de su valor. En esta misma línea, se pueden imponer penalidades pecuniarias por desviarse del curso ordinario de los negocios.

II.2.2. Intercambio de información confidencial

A veces existen razones legítimas para que las partes de una transacción intercambien información sensible, pudiendo esta circunstancia darse (i) antes de la firma del acuerdo transaccional durante el *due diligence*, a los fines de que el comprador pueda comprender el negocio que está adquiriendo, detectar contingencias y determinar el valor de la compañía objeto

de la forma más precisa posible, (ii) o después de la firma de dicho documento, para que las partes puedan comenzar a planear la correcta integración de sus negocios a futuro.

En todos los casos, y a fines de evitar cuestionamientos por parte de las autoridades de competencia, las partes deben tener un especial cuidado a la hora de intercambiar este tipo de información. En este sentido, existen diversos mecanismos útiles, más no fáciles de implementar, que permiten mitigar los riesgos en cuestión, los cuales han sido aceptados por las autoridades de competencia a lo largo del mundo.

El primero de ellos es el conocido instrumento de *clean teams*, por medio del cual las partes de una transacción individualizan a un número limitado de sus empleados quienes serán los únicos con acceso a la información sensible de la otra. Las personas afectadas a dichos *clean teams* tendrán el carácter de personas “con necesidad de conocer la información en cuestión” y firmaran acuerdos de confidencialidad, por medio de los cuales se obligarán a tratar la información recibida con cuidado y responsabilidad, a no diseminar dicha información con otras personas que no estuvieren incluidas en el *clean team* y, de no prosperar la transacción, a destruir o devolver la información a su dueño.

Por lo general, las personas que forman parte de estos *clean teams* son empleados que no forman parte del día a día operativo de la compañía, como por ejemplo miembros del equipo de finanzas o legales. Lo anterior implica que, una vez incluidos en el *clean team*, no podrán tener injerencia en toma de decisiones estratégicas de la compañía. Otra alternativa posible es el uso de terceros independientes.

El racional detrás de la necesidad de contar con este tipo de instrumentos es que una vez que una persona recibe cierta información competitivamente sensible, resulta imposible que la decisión comercial que dicha persona tomase respecto de los productos de su compañía, no se encuentre viciada por la información que ha recibido. En definitiva, se busca mantener el status de competidores independientes

de las partes, incluso en el caso de existir intercambio de información sensible entre ellas.

Otra forma de reducir los riesgos de *gun jumping* a través del intercambio de información sensible es mediante el uso de *parlor rooms*, esto es, que un tercero independiente presencie (aunque sea telefónicamente) todas las reuniones que las partes tengan e intervenga si estas discutieran acerca de asuntos competitivamente sensibles. Por lo general, esto es utilizado de forma complementaria a los *clean teams*.

Resulta importante también que previo a cada reunión o conferencia telefónica que las partes tuvieren, se circule una agenda detallada de los temas a ser tratados, para que estos puedan ser controlados por el equipo de legales o abogados externos de las compañías. Asimismo, la confección de minutas al finalizar las reuniones es recomendable.

Finalmente, es importante remarcar que las partes deben asegurarse que los intercambios de información, antes de que la transacción sea implementada, sean justificados y limitados al propósito de la negociación, *due diligence* o planeamiento de la integración. Si el intercambio de la información excede dichos propósitos, las partes quedan expuestas a ser sancionadas por implementar la transacción con anterioridad a la autorización por parte de las autoridades de competencia.

Si bien hasta el momento no ha resultado una prioridad para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, es esperable que, una vez efectivo el sistema suspensivo para el control de concentraciones económicas, la Autoridad Nacional de la Competencia sea más rigurosa y exija a las partes el uso de los mecanismos enunciados anteriormente.

II.3. Sanciones por gun jumping previstos en la ley 27.442. Antecedentes internacionales

Conforme surge del art. 55 inc. d) de la ley 27.442, los que no cumplan con la obligación de notificar una concentración económica por ante la Autoridad Nacional de la Competencia serán pasibles de una multa diaria de hasta 0,1% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo econó-

mico al que te pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. En caso de que dicho método de cálculo no pudiere ser empleado por falta información, las multa podrá ser fijada en un monto de hasta 750.000 unidades móviles (8) diarios.

De acuerdo con el texto de la ley 27.442, los días serán computados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde que se perfecciona la toma de control sin la previa aprobación de la Autoridad Nacional de la Competencia. Atento a que luego de que el efecto suspensivo del control de concentraciones económicas entre en vigencia ya no existirá un vencimiento de la obligación de notificar, entendemos que lo anterior solo aplica durante el régimen transitorio mencionado anteriormente.

En el supuesto del *gun jumping* sustantivo, es decir, cuando las partes intercambian información competitivamente sensible antes de contar con la aprobación de la Autoridad Nacional de la Competencia, los infractores también podrán ser investigados por la comisión de una conducta anticompetitiva (colusión) y consecuentemente ser pasibles de las sanciones previstas para esas conductas en el art. 55 de la ley 27.442.

Tal como fuere manifestado anteriormente, las autoridades de competencia del mundo sancionan la pronta implementación de las concentraciones económicas y de hecho han estado últimamente muy activas intentando detectar este tipo de prácticas.

Recientemente la Comisión Europea ha impuesto una multa de 124,5 millones de euros a la multinacional de telecomunicaciones Altice por haber asumido el control de PT Portugal antes de recibir la aprobación de la autoridad de competencia(9). En particular, la Comisión Europea concluyó que ciertas cláusulas del acuerdo de compraventa resultaban en la

(8) Al día de la fecha la Unidad Móvil se encuentra fijada en 1= \$20, por lo que el monto alcanzaría la suma de 15.000.000. Dicho monto se ajustará anualmente conforme la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el INDEC.

(9) Altice / PT Portugal (M.7993).

adquisición de una influencia decisiva en PT Portugal, a través de derechos de veto sobre los asuntos que versaban sobre la administración ordinaria de PT Portugal. Asimismo, en ciertos casos Altice ejercía una influencia decisiva sobre aspectos del negocio de PT Portugal, por ejemplo, dando instrucciones a PT Portugal sobre cómo realizar campañas de marketing y mediante el intercambio de información sensible por fuera del acuerdo de confidencialidad que las partes habían acordado.

Asimismo, en julio de 2016, la Comisión Europea (10) envió un pliego de objeciones (*statement of objections*) a Canon al considerar que la compra de Toshiba Medical Systems se habría implementado con carácter previo a su notificación y autorización. En el presente caso, las partes habían estructurado la transacción de forma tal que la misma sería implementada en dos pasos. En un primer paso, una sociedad vehículo no afiliada ni relacionada a las partes (*interim buyer*) adquirió el 95% de las acciones de Toshiba, mientras que Canon adquirió el 5% restante más 100 certificados para adquirir las acciones que había adquirido la sociedad vehículo, abonando en ese momento a Toshiba el monto total de la operación. Dicho paso tuvo lugar al momento en que se firmaron los acuerdos de compraventa y antes de que la transacción sea aprobada por la Comisión Europea. Es decir, Canon pagó el total del precio de compra con anterioridad a obtener la autorización por parte de las autoridades de competencia. En un segundo paso, Canon adquirió la totalidad de las acciones de Toshiba al convertir los certificados en acciones. Este segundo paso ocurrió luego de haber obtenido la autorización correspondiente.

Es así que la Comisión Europea cuestionó este tipo de estructuras escalonadas alegando que importaban una implementación temprana de la transacción, incluso cuando el comprador final no ejercía control sobre la compañía objeto con anterioridad a la autorización por parte de la autoridad de competencia. Al día de la fecha, la Comisión Europea no ha decidido aún si corresponde sancionar a Canon.

No fue solo la Comisión Europea quien objetó la pronta implementación de la transacción entre Canon y Toshiba. Japón amonestó públicamente a Canon por la ejecución anticipada de la operación, y el MOFCOM (autoridad de competencia de China) impuso una multa de 300.000 yuanes por el mismo motivo.

Otro ejemplo que resulta muy interesante mencionar es el de las empresas de auditoría Ernst & Young (EY) KPMG Denmark (KPMG DK). En el marco de la fusión entre ambas empresas, KPMG DK dio aviso de rescisión de su acuerdo de membresía con KPMG International en el momento del anuncio del acuerdo en noviembre de 2013, es decir, antes de que la autorización de la Autoridad de Competencia y Consumo de Dinamarca (DCCA) fuera obtenida. El aviso de rescisión tenía carácter de irreversible, ya que ni EY ni KPMG DK podían dejarlo sin efecto, ya sea individual o conjuntamente. KPMG International y KPMG DK finalizaron sus actividades conjuntas a partir de junio de 2014, después de que DCCA aprobara el acuerdo en mayo de 2014. En diciembre de 2014, DCCA emitió una decisión determinando que la transacción había sido implementada prematuramente al dar aviso de cancelar la membresía de KPMG DK en la red internacional de KPMG en el momento del anuncio del acuerdo.

El DCCA concluyó que las partes habían implementado prematuramente la transacción toda vez que la medida era irreversible (ya que el aviso de terminación no podía dejarse sin efecto), era estratégicamente esencial para el desarrollo de las actividades y subsecuentemente una condición necesaria para la continuación del negocio de KPMG DK y, por último, que el aviso de terminación tenía la potencialidad de afectar al mercado desde el momento mismo de su aviso, ya que el futuro de KPMG DK como una firma de auditoría danesa fuera de la red internacional de KPMG era incierto si la fusión era finalmente bloqueada, lo cual podía haber generar cambios por parte de sus clientes los cuales podían quedarse con KPMG DK, irse con KPMG International o irse con un tercer auditor. En junio de 2015, EY apeló la decisión del DCCA ante el Tribunal Marítimo y

(10) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1924_en.htm.

Comercial de Dinamarca, quien remitió el caso a la Corte de Justicia Europea.

La Corte de Justicia de Europa decidió⁽¹¹⁾ que: (i) la terminación del acuerdo de membresía fue una medida preparatoria que no violaba la obligación de suspensión, (ii) aunque la terminación podría haber tenido algún efecto en el mercado, no habría significado que KPMG DK ya no hubiera competido con EY, (iii) la obligación de suspensión no afecta las medidas que preceden y pueden separarse de

las medidas que realmente conducen al control de la compañía objeto, incluso si se toman en relación con la transacción y (iv) ninguno de los criterios sugeridos por el DCCA eran relevantes para determinar el alcance de la obligación de suspensión.

De lo anteriormente expuesto, se puede extraer la necesidad de que las empresas parte de una operación de concentración extremen la cautela en el periodo interino entre firma y cierre y que abroguen los mecanismos necesarios para evitar ser cuestionados por la Autoridad Nacional de la Competencia por infringir con lo dispuesto en el art. 9º de la ley 27.442.

(11) Caso C-633/16. Decisión de la Corte de Justicia Europea (Cámara quinta) de fecha 31/5/2018.

Opiniones consultivas: instrumento útil para determinar si debe o no notificarse una operación.

Perspectivas futuras

MARCELA I. ANCHAVA (*)

I. Introducción

Las opiniones consultivas consisten en un mecanismo sencillo mediante el cual las partes de una operación pueden voluntariamente consultar a la autoridad de defensa de la competencia acerca de si los requisitos legales respecto de determinada operación económica se cumplen “o no” en el caso concreto, debiendo la misma ser, sólo en el primer caso, obligatoriamente notificada para su autorización.

La propia Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha definido a las opiniones consultivas como “un mecanismo de referencia jurídica para los agentes económicos que les permite tener una mayor certidumbre acerca de los derechos y obligaciones que les asiste, a la luz de la Ley 25.156 en el marco de una concentración económica” (1).

II. Evolución del régimen jurídico aplicable a las opiniones consultivas bajo la ley 25.156

En forma previa a la emisión de la normativa específica en la materia, la CNDC, en ejercicio

de sus atribuciones derivadas de la ley 25.156, ya había adoptado la práctica de emitir opiniones consultivas “no vinculantes” (2). En esa época podía hasta incluso presentarse ante la CNDC una consulta hipotética en la cual no se identificaran a las partes.

Las opiniones consultivas fueron formalmente introducidas en el régimen jurídico argentino mediante el dec. 89/2001 (art. 2º y Anexo I [art. 8º]) que reglamentó la ley 25.156 de Defensa de la Competencia; ambas normas se encuentran hoy derogadas.

El art. 2º del dec. 89/2001 preveía que la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor “dictará las normas relativas... al mecanismo de opinión consultiva que se ajusten a lo dispuesto en el presente decreto”. A su vez, disponía que “dichas normas tendrán vigencia hasta tanto el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (3) estime oportuno modificarlas o reemplazarlas”.

(*) Abogada egresada de la UBA con diploma de honor (1994). Especializada en derecho empresarial. Ha sido socia del Estudio Cárdenas desde 2006 a 2012. Es socia del Estudio Nicholson y Cano desde 2013 y colidera los Departamentos de Asesoramiento Corporativo y de Defensa de la Competencia de la firma.

(1) Memoria, CNDC, 2014, p. 15, publicada en el sitio de la CNDC en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/memorias_cndc_2014.pdf.

(2) Así lo recuerda CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, *Derecho antimonopólico y defensa de la competencia*, Heliasta, 2005, t. 2, p. 142 y CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156. Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*, La Ley, 2010, p. 407.

(3) Lamentablemente, el TNDC nunca vio la luz y la ley 26.993 derogó toda referencia al mismo en la ley 25.156, disponiendo además que sería el Poder Ejecutivo Nacional el que determinaría la autoridad de aplicación de esta última (art. 65).

El citado decreto —en lo que aquí interesa— introdujo las primeras notas tipificantes de las opiniones consultivas.

Así se definía que

- La presentación de solicitud era voluntaria.
- Debía ser realizada por las partes de la operación en cuestión.
- La solicitud respectiva producía la suspensión del plazo de siete (7) días para notificar —desde el momento de presentación hasta tanto la opinión fuera notificada—.
- La opinión debía emitirse en el plazo de 10 días.
- El principio de confidencialidad aplicaba a la información aportada por las partes.

Recién en el año 2006, la res. 26 de la Secretaría de Coordinación Técnica estableció el procedimiento específico aplicable a las solicitudes de opinión consultiva. Esta norma fue emitida bajo la vigencia de la “hoy derogada” ley 25.156 y, con la entrada en vigencia de la nueva LDC y su decreto reglamentario, se vio parcialmente modificada.

A continuación resumimos las novedades más relevantes que introdujo la citada res. 26:

- Las opiniones consultivas dictadas por la CNDC tienen carácter de no vinculantes.
- El secretario de Coordinación Técnica (4) resolverá la opinión consultiva aconsejada por la CNDC determinando si la operación de concentración económica en cuestión estará —o no— sujeta a la obligación de notificación. Esta resolución sería apelable siendo competente la Cámara Federal en lo Civil y Comercial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.

(4) Actualmente, sería la Secretaría de Comercio en ejercicio de las funciones de autoridad de aplicación transitoria de la nueva LDC, en virtud de lo dispuesto por el art. 5º del dec. 480/2018).

No obstante, los plazos previstos en la normativa reseñada precedentemente eran breves (5), la práctica indicó que la tramitación completa del procedimiento insumía varios meses.

III. Opiniones consultivas bajo la nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia

La nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (“nueva LDC”) “que reemplazó a la ley 25.156” prevé el requisito de obtener la autorización para un acto de concentración económica en forma previa al cierre de la operación (6). Esta exigencia entrará en vigor luego de transcurrido un (1) año desde la puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia (7). Durante el período de transición, como hasta ahora, las operaciones deberán ser notificadas para su aprobación, en forma previa o bien dentro de los 7 días del cierre de las mismas (8).

La nueva LDC también incluyó el mecanismo de solicitud de opinión consultiva y junto con su decreto reglamentario (480/2018) agregó ciertas novedades.

Las características más salientes del *nuevo régimen* de acuerdo con las normas precitadas, son (9):

(5) La CNDC tenía cinco (5) días para analizar la documentación presentada por las partes y solicitar a las partes información/documentación adicional. Las partes a su vez tenían igual plazo de cinco (5) días para contestar la solicitud. La opinión consultiva no vinculante debía emitirse en un plazo no mayor a diez (10) días desde la fecha de presentación de la solicitud por las partes. El Secretario de Coordinación Técnica debía resolver la opinión consultiva aconsejada por la CNDC en un plazo no mayor a cinco (5) días. Todos los plazos eran por días hábiles administrativos.

(6) Art. 9º, párr. 1º, nueva LDC.

(7) La Autoridad Nacional de la Competencia será la autoridad de aplicación de la Nueva LDC. En su ámbito funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas (art. 18, nueva LDC). A la fecha estos organismos no se han constituido ni se encuentran en funcionamiento.

(8) Art. 84, nueva LDC.

(9) De acuerdo con los arts. 10 y 31 incs. a) y f) de la nueva LDC y reglamentación del art. 10 de la nueva LDC según dec. 480/2018.

- La Secretaría de Concentraciones Económicas recibirá, tramitará e instruirá las solicitudes de opinión consultiva y opinará sobre la eventual procedencia de las notificaciones de operaciones de concentraciones económicas.
- Las opiniones consultivas serán emitidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia el que a su vez deberá establecer el procedimiento respectivo (10).
- Se emitirán a pedido de parte (no está claro si podrá presentarlo solo una de las partes intervinientes en la operación aunque es de presumir que así sea teniendo en cuenta que, a diferencia del régimen anterior, la presentación del pedido de autorización es facultativa para la parte vendedora (cfr. reglamentación del art. 9º de la nueva LDC, según el dec. 480/2018).
- La petición será voluntaria.
- La presentación de solicitud de opinión consultiva no suspenderá el plazo para notificar la operación. Esto se deduce del hecho que bajo el nuevo régimen la autorización debe solicitarse en forma previa al cierre de la operación (11).
- La vigencia de la opinión consultiva será de 6 meses (prorrogables a solicitud de las empresas involucradas por única vez y mediando causas justificadas), transcurridos los cuales deberá solicitarse una nueva opinión consultiva.
- La decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia será inapelable (esta es una diferencia importante respecto del régimen anterior).
- Podrá solicitarse confidencialidad de los datos aportados (debiendo justificar el pedido y acompañar un resumen no confidencial). En caso que el Tribunal de Defensa de la Competencia decidiera no otorgar la confidencialidad, el solicitante de una OPI podrá desistir de la solicitud dentro de 5 días posteriores a la notificación de la resolución denegatoria de la solicitud de confidencialidad siendo que dentro de dicho plazo la información será considerada confidencial.
- No se admitirá la participación de una parte coadyuvante en este tipo de procedimientos.

IV. Procedimiento actual para obtener una opinión consultiva

Como anticipáramos la res. 26/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica estableció originalmente el procedimiento aplicable a las solicitudes de opinión consultiva. Fue emitida bajo la vigencia de la “hoy derogada” ley 25.156 y, con la entrada en vigencia de la nueva LDC y su decreto reglamentario, se vio “de hecho” parcialmente modificada.

A su vez, el referido decreto reglamentario estableció que será la Secretaría de Comercio la que asumirá todas las atribuciones que la nueva LDC otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia como autoridad de aplicación, hasta tanto esta se encuentre constituida y en funcionamiento (12).

Por su parte la reciente res. 359/2018 de la Secretaría de Comercio estableció que la CNDC tendrá a su cargo “14) Requerir información en el marco de una opinión consultiva o notificación de una operación de concentración económica presentada (...); y (...) 32) Desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, sea en el marco de un proceso de notificación de operaciones de concentración económica, denuncias o investigaciones de mercado, opiniones consultivas, o investigaciones de diligencias preliminares”.

Del juego armónico de la normativa citada surge que actualmente el procedimiento para

(10) A la fecha este procedimiento no se ha dictado. La actual Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) continúa aplicando la res. 26/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica, la cual establece el procedimiento aplicable a las solicitudes.

(11) Esto es sin perjuicio de que durante el período de transición que mencionáramos más arriba, en tanto las autorizaciones continúan pudiendo solicitarse en forma posterior al cierre de la operación (dentro de los 7 días) cabría interpretar que la presentación de una solicitud de OPI suspenderá el plazo legal para notificarla.

(12) Art. 80, nueva LDC y art. 5º, dec. 480/2018.

tramitar una opinión consultiva sería entonces el siguiente:

- La solicitud deberá ser formulada por una de las partes “al menos” en una operación y ser presentada ante la CNDC.

Interpretamos que por el período de transición hasta que entre en vigencia el requisito de obtención de la autorización de actos de concentración económica en forma previa al cierre de las mismas (13), la presentación de la solicitud de opinión consultiva suspenderá el plazo de una (1) semana para la respectiva notificación de la operación “para el caso que deba obligatoriamente ser autorizada” hasta tanto quede firme la pertinente resolución del secretario de Comercio. Una vez que entre en vigor el referido requisito no habría suspensión del plazo para notificar la concentración económica de que se trate.

- La CNDC podrá solicitar información o documentación complementaria a la presentada en la solicitud, dentro de los 5 días, la cual deberá ser suministrada dentro de los 5 días siguientes a la notificación respectiva. Salvo por razones debidamente fundadas, en caso de falta de presentación de la documentación/información complementaria en el plazo indicado la solicitud se tendrá por no presentada.
- Transcurrido el plazo anterior, la CNDC emitirá opinión fundada no vinculante en un plazo no mayor a los 10 días desde la fecha de presentación de la solicitud de opinión por las partes. Transcurrido el plazo mencionado, la CNDC emitirá la opinión consultiva debidamente fundada y con carácter no vinculante, en un plazo no mayor de diez (10) días, desde la fecha de presentación de la solicitud realizada por las partes.
- El secretario de Comercio resolverá la opinión consultiva aconsejada por la CNDC con carácter vinculante dentro de los 5 días subsiguientes determinando si la operación de concentración económica en cuestión quedará o no sujeta al control previo previsto en la nueva LDC. Esta resolución será irrecurrible.

(13) Art. 9º, párr. 1º y art. 84, nueva LDC.

V. Temas más comunes tratados en las opiniones consultivas

Los temas de consulta que han sido el núcleo de las opiniones consultivas a lo largo de los años se vinculan a la verificación “en cada caso” de los requisitos legales cuyo cumplimiento gata la obligación de requerir la autorización de la operación en cuestión.

En particular, la CNDC ha elaborado principalmente criterios interpretativos en relación con los siguientes temas (14):

- a) Concepto de control y determinación de cuándo existe cambio de control.
- b) Cálculo del volumen de negocios de las “empresas afectadas”.
- c) Determinación de los casos en los que existe una “concentración económica” (incluyendo la definición de transferencia de “activos” que implican un cambio de control).
- d) Determinación de los casos en los que se verifica la existencia de una excepción legal a la obligación de notificar una concentración económica (primera inversión, transferencias a título gratuito, excepción de valor de operación y valor de activos, adquisición de empresa liquidada, adquisición de empresas en que el comprador ya tenía más del 50% de las acciones).
- e) Aplicación de la ley argentina a operaciones que tienen lugar fuera del país.

En el análisis de los casos sometidos a su consideración, la CNDC ha aplicado el criterio de “realidad económica” consagrado en la propia Ley de Defensa de la Competencia y en virtud del cual “A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, se atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan” (15).

Por otra parte, cabe destacar que en todos los casos la opinión consultiva advierte que ha sido

(14) Para un buen resumen de las opiniones consultivas más relevantes de la CNDC puede consultarse TAMBUSSI, Carlos E. (dir.), *Práctica y estrategia derechos del consumidor*, La Ley, 2015, ps. 367 y ss.

(15) Principio consagrado en el art. 3º, ley 25.156 y replicado en la nueva LDC (art. 4º).

emitida valorando como sustento fáctico la descripción realizada por las partes, de modo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos ello tornaría inaplicables los conceptos elaborados en la misma.

VI. Aspectos positivos y preocupaciones

Cuando como abogados recibimos consultas de nuestros clientes, a menudo surgen muchas dudas y nos damos cuenta de que la realidad supera a la norma.

A lo largo de los años, la utilización de las opiniones consultivas ha permitido eficazmente despejar dudas sobre el cumplimiento caso a caso de los requisitos legales para la notificación de operaciones a los fines de su autorización.

En este campo, la CNDC ha venido jugando un papel fundamental en la elaboración de cri-







terios interpretativos que permitieron dar mayor certidumbre respecto de aspectos dudosos y, por ende, a través de la determinación de cuándo una operación debe “o no” ser notificada para su autorización, mayor certeza jurídica a las transacciones.

Un aspecto que conviene resaltar es que los tiempos de resolución de las solicitudes de opinión consultiva han excedido “por mucho” los plazos previstos en las normas y en muchos casos se han emitido en plazos poco razonables.

Justo es reconocer que en los últimos dos años “coincidente con la nueva integración de la CNDC” los tiempos insumidos en la tramitación de solicitudes de opinión consultiva “y de concentraciones económicas” han mejorado sensiblemente tal como surge de los siguientes gráficos elaborados por la CNDC (16):

Concentraciones y OPIS

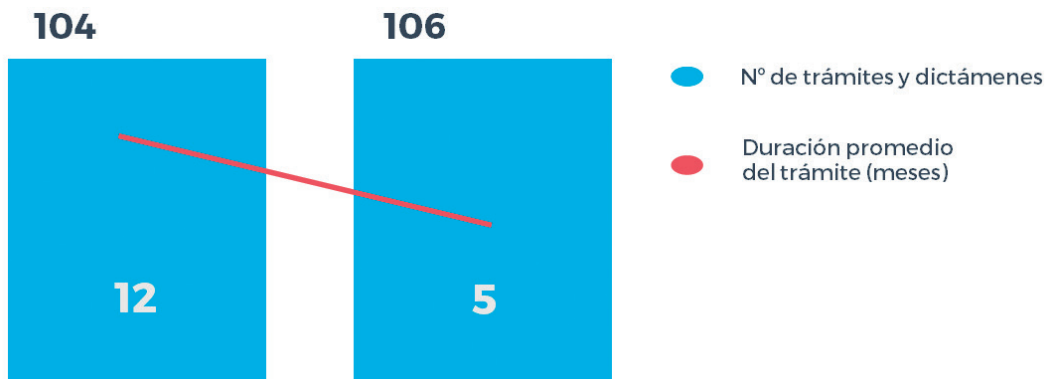
Gestión de trámites al 31/7/2018

		2016		2017	
		CONCENTRACIONES	OPIS	CONCENTRACIONES	OPIS
	Nº DE TRÁMITES DICTAMINADOS	104	17	106	13
	DURACIÓN PROMEDIO (MESES)	12	7	5	5
	Nº DE EXPEDIENTES EN TRÁMITE	19	1	45	3
	ANTIGÜEDAD DE DICTÁMENES EN TRÁMITE (MESES)	22	19	11	8
	TOTAL DE TRÁMITES	124*	18	157*	18*
	% DE TRÁMITES DICTAMINADOS	85%	94%	70%	81%

* El total de trámites es mayor a los trámites dictaminados y en curso, debido a la acumulación de expedientes.

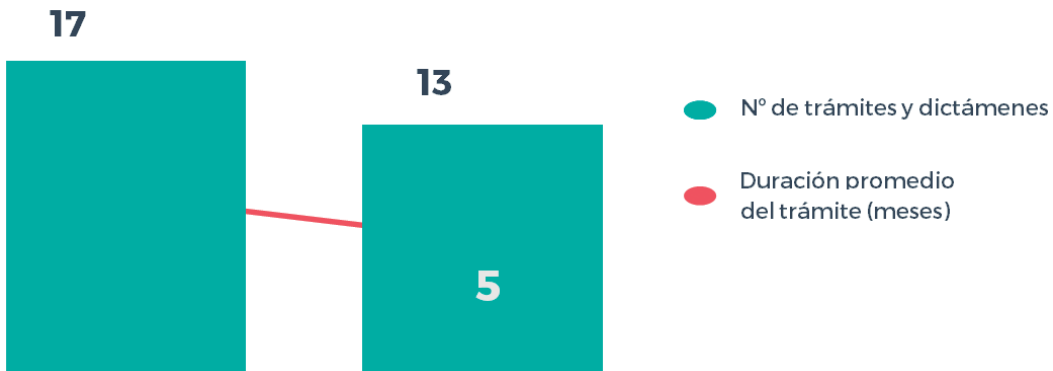
(16) Información publicada en la página web de CNDC.

CONCENTRACIONES DICTAMINADAS



% de concentraciones dictaminadas al 31/07/2018: ingresadas en 2016: 85%; ingresadas en 2017:70%

OPINIONES CONSULTIVAS DICTAMINADAS



% de Opis dictaminadas al 31/07/2018: ingresadas en 2016: 94%; ingresadas en 2017: 81 %

Una preocupación válida que surge ante la novedad que trae la nueva LDC de tener que requerir y obtener la autorización de las concentraciones económicas de parte de la autoridad de defensa de la competencia, en forma previa al perfeccionamiento de las mismas o de la materialización de la toma de control —lo que fuera primero—, consiste en los tiempos insu- midos en la tramitación de los procesos frente a las urgencias que imponen los negocios y la necesidad de llevar a cabo las operaciones que los implementan.

VII. Conclusiones. Perspectivas futuras

La doctrina pacientemente elaborada por la CNDC a través de las opiniones consultivas emitidas a lo largo de los años permite valorar a éstas como un instrumento útil para despejar dudas respecto a cuándo una operación debe ser notificada para su autorización. Ello sin dudas ha redundado en una mayor seguridad jurídica en las transacciones y certidumbre a las partes de una operación y a la comunidad de negocios en general.

Con la nueva LDC —y, en particular, con la entrada en vigencia del requisito de autorización previa de actos de concentración económica, lo cual no se ha producido a la fecha— se plantea —entre varios interrogantes— el de saber cuál podrá ser el futuro del mecanismo de solicitud de opiniones consultivas.

Nos animamos a anticipar que es probable que esta herramienta se utilice en menor medida. Ello, debido no a una repentina ausencia de dudas sobre la obligatoriedad de notificación de una operación dada, sino motivado fundamentalmente en el hecho que, de existir dichas dudas, frente a la exigencia de obtener la autorización respectiva como condición para el cierre de la misma, sumado a la amenaza de aplicación de sanciones para el caso de incumplimiento, en el contexto de un siempre acotado marco temporal que impone la rea-

lización de un negocio, es posible que la vía a elegir sea directamente la de llevar a cabo la notificación requiriendo la autorización, o bien optar derechamente, en caso de tener —o creer tener— buenos fundamentos—, en no hacerlo. En ambos casos, se omitiría la solicitud de opinión consultiva.

En cualquier caso estimamos que resulta fundamental que la autoridad de defensa de la competencia —que viene haciendo buenos esfuerzos en este sentido— logre optimizar los plazos de resolución de opiniones consultivas y de solicitudes de autorización de concentraciones económicas, lo cual permitirá colocarla a la altura del rol que las normas le han encomendado, sin trabar —o haciéndolo en la menor medida posible— la realización de operaciones y negocios que el desarrollo económico de nuestro país demanda.

¿Réquiem para el régimen de opiniones consultivas?

LUIS DIEGO BARRY (*)

I. Introducción: No desaparecen pero quedan heridas mortales

El nuevo régimen de defensa de la competencia incorporado a nuestro mundo jurídico mediante la ley 27.442 trae una serie de novedades muy positivas que largamente anhelábamos quienes nos dedicamos a esta área del derecho.

Si bien el balance es positivo, la citada norma también ha introducido una serie de modificaciones que me parece significan un retroceso en ciertos aspectos. Una de ellas es el régimen de opiniones consultivas regulado en el art. 10 de la citada ley.

Esos retrocesos los he marcado y denunciado cuando la comunidad toda tuvo oportunidad de opinar en el novedoso y democrático sistema de consultas realizado por sus redactores, previo a su tratamiento en el Congreso de la Nación.

En el caso particular del régimen de opiniones consultivas, los cambios me llevan a preguntarme si continúa siendo una herramienta válida o si se llega al extremo, que quizás con esmerado dramatismo titulo este artículo, de estar presenciando su desaparición.

Me anticipo a aclarar que no desaparece esta herramienta, pero se introducen modificaciones que reducen sensiblemente su eficacia y utilidad, por un lado, y por el otro otras que violentan nuestro sistema constitucional, tal como desarrollaré seguidamente.

II. ¿Necesitamos a las opiniones consultivas? ¿Tenemos derecho a ellas?

Previo a analizar el estado en que queda el régimen de opiniones consultivas con el dictado de la ley 27.442, cabe responder: ¿para qué sirven las opiniones consultivas?

También creo que se puede ir un paso más adelante y preguntarse: ¿los ciudadanos tenemos derecho a este régimen? Es más, incluso podríamos preguntarnos, ¿qué sucedería si no estuvieran previstas por la ley 27.442?

Paso a responder esos interrogantes.

Cuando se dictó la ley 25.156, que introducía en nuestro ámbito el control de fusiones y adquisiciones, no preveía un régimen de opiniones consultivas. No obstante, era claramente conveniente que muchos de los elementos novedosos que traía esa norma, así como tantos otros que resultaban vagos, fueran aclarados. De este modo, como resultado natural de las consultas que oralmente formulábamos a los vocales y funcionarios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) se fue gestando un sistema de consultas escritas, a fin de que luego estén también disponibles para otros miembros de la comunidad jurídica.

Así, cualquier duda que pudiera generar la interpretación de la derogada ley 25.156, su solución podía ser conocida por todos (1).

(*) Socio del Estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

(1) Es más, en esa época primigenia de consultas, no se exigía formalidad alguna, al punto que no era necesario identificar la operación ni las partes en consulta, lo cual era de extrema utilidad para el consultante (empresa que

Esto traía como evidente ventaja que no se tengan que repetir consultas iguales o similares, al tiempo que se iba generando un cuerpo de “jurisprudencia” interpretativa de la ley.

Pero más importante que eso era que se generaba un conjunto de opiniones que abrevaba seguridad jurídica a toda la comunidad.

Por lo cual, su utilidad se hizo inmediatamente evidente tanto para consultantes como para la propia CNDC.

De este modo, se dio inicio al régimen de opiniones consultivas.

Luego, y también hay que decirlo, hubo un paulatino y largo período donde la propia CNDC no respetó su jurisprudencia, al punto que parecía que todas las respuestas estaban encaminadas a que las operaciones sean notificadas, no importando la materia de consulta. Claramente, ese período fue muy negativo en ese y muchos aspectos.

La CNDC perdió respeto institucional y se transformó en una herramienta política de difusos y no tan difusos intereses. Se produjo una natural desconfianza en la comunidad toda que llevó también a que las decisiones de la autoridad de aplicación sean revisadas por la justicia, generándose un nuevo cuerpo jurisprudencial y un creciente interés jurisdiccional.

Esa jurisprudencia dejó sellada sobre piedra los criterios del fallo “Fernández Arias” sobre la garantizada recurribilidad de los actos administrativos y las decisiones jurisdiccionales dictadas por un supuesto tribunal administrativo (2).

Lo hasta aquí dicho responde con creces a la primera pregunta. Las opiniones consultivas son muy necesarias y convenientes tanto para la comunidad como para la propia CNDC, otorgando previsibilidad y seguridad jurídica en un régimen donde está en juego el derecho de propiedad, acompañado con un sistema sancionatorio (3).

confidencialmente estaba en tratativas de una operación de concentración).

(2) Fallos 247:646.

(3) Cabe recordar que la notificación tardía es duramente sancionada (ver art. 55 inc. d) ley 27.442).

Pero creo que también sirve para responder a que tenemos derecho a exigir seguridad jurídica (4) a la autoridad de aplicación frente a normas novedosas o la existencia de zigzagueantes criterios jurisprudenciales.

Las opiniones consultivas deberían ser respondidas incluso si no existiera un régimen al efecto, tal como ocurrió primigeniamente. Tenemos derecho a la seguridad jurídica y tenemos derecho a peticionar a las autoridades (5).

Ese derecho a peticionar no se reduce a poder presentar un escrito ante la administración, sino que debe ser respondido de acuerdo a derecho y con las exigencias propias de todo acto administrativo (6).

Por lo cual, han quedado respondidas las preguntas formuladas al inicio de este capítulo. Respuestas necesarias para analizar qué cambió y por qué temo la mortandad de este régimen que advierto tan valioso como necesario.

III. ¿Qué cambió la ley 27.442? No hay suspensión ni posibilidad de apelación

La esencia del sistema de opiniones consultivas estaba basada en la premisa de tener una respuesta jurídica válida, respondida en tiempo y de acuerdo a derecho, pero también que permitiera anticiparnos a hechos consumados y que concediera su revisión.

Ya indiqué que lamentablemente la jurisprudencia de la CNDC atravesó un oscuro periodo de decisiones contradictorias, donde parecía que el único afán de la autoridad era que la operación deba ser notificada, no importando si se contradecía la propia jurisprudencia o se contrariaba la letra de la norma.

Durante ese período tampoco conmovió a la autoridad la jurisprudencia de la Alzada. De modo que el sistema de opiniones consultivas tuvo escaso valor en lo que respecta a la CNDC.

(4) Fallos 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 332:1531, entre muchos otros.

(5) Fallos 335:1126; 307:282; 308:155; 240:160; 201:1031; 311:867; entre muchos otros.

(6) Ídem nota anterior.

Pero no fue así respecto de la Alzada. Por el contrario, fue vía recurso que se permitió que muchos derechos no fueran avasallados, constituyendo el valiente accionar de muchos jueces la garantía del derecho y cumplimiento de la ley.

Eso fue posible porque la res. 26/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica proponía dos soluciones importantes y necesarias: (i) la suspensión de los plazos durante la tramitación de la solicitud de opinión consultiva; y (ii) la apelabilidad de las opiniones.

En efecto, dicha resolución disponía “Las partes de una operación de concentración económica podrán voluntariamente, presentar una solicitud de opinión consultiva ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a efectos de determinar si la misma está sujeta al control previo previsto en el art. 8° de la ley 25.156, teniéndose en cuenta los actos mencionados en el art. 6° de la citada ley”.

Luego disponía que “El plazo de una (1) semana para la notificación de la operación de concentración económica establecido en el art. 8° de la ley 25.156, quedará suspendido a partir de la fecha en que las partes efectúen un pedido de opinión consultiva, reanudándose el plazo una vez firme y consentida la pertinente resolución que dicte el señor Secretario de Coordinación Técnica”.

Ese párrafo garantizaba la suspensión del plazo de notificación, lo cual significaba que si finalmente se suscitaban alguno de los actos disparadores de la notificación de la operación de concentración económica, no era necesario notificar la operación, sino hasta tanto la resolución que contiene la opinión quede firme y consentida. Esto es, la opinión no sea susceptible de recurso ulterior de modo que se haya consentido o se hayan agotado todas las instancias judiciales ordinarias y extraordinarias.

Este párrafo era de vital importancia. El régimen de opiniones consultivas, naturalmente sencillo y fácil, fue involucionando a un sistema de una enorme e inexplicable duración. Es así que lo que estaba previsto para durar unos pocos días se fue inexplicablemente complejizando para durar meses y años.

De este modo, si el plazo para notificar operaciones de concentración no se encontraba suspendido, no era concebible la utilidad de un régimen que te imponía notificar cuando la consulta no estaba respondida. Si ello no fuera así, si se sometía una consulta a la autoridad y esta no contestaba a tiempo, se tenía que notificar igual, ya que de otro modo se asumía el altísimo riesgo de ser multado por notificación tardía si la opinión finalmente imponía notificar.

Dicho de otro modo, un régimen de opiniones consultivas tiene sentido si permite la suspensión de la obligación en consulta, dado que de otro modo el régimen carece de sentido y utilidad, porque ante la duda se obliga a notificar y no consultar.

Recordemos que esto resulta aún más necesario y evidente ante la existencia de una enorme y contradictoria jurisprudencia de la CNDC que no permite tener certezas sobre muchos aspectos del régimen de notificación. Pero vuelve a adquirir importancia esta necesaria característica del régimen cuando se vuelve a modificar la ley, se incorporan nuevos institutos, y es más, se pretende un sistema de control previo de fusiones y adquisiciones.

Pues bien, este es el primer aspecto que la ley 27.442 modifica.

Si bien la ley 27.442 conserva el régimen de opiniones consultivas en su art. 10 al disponer “El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual podrá emitir una opinión consultiva, a solicitud de parte, que determinará si un acto encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley”. Luego su reglamentación dispone que no suspende la obligación de notificación.

En efecto, el art. 10 del dec. 480/2018 dispone que “La solicitud de opinión consultiva no implica en ningún caso el cumplimiento de la obligación de notificar las operaciones previstas en el art. 9° de la citada norma, ni la autorización dispuesta en los arts. 14 o 15 de la ley 27.442, según corresponda”.

En otras palabras, la reglamentación de la ley 27.442 parece imponer que si se realiza una consulta, de todos modos, llegado el caso, se debe notificar la operación de concentración.

Ello en la práctica significa que solo es dable consultar si se realiza con la anticipación necesaria al deber de notificación, dado que esa obligación nunca queda suspendida.

Si a ello le agregamos que la ley 27.442 también prevé que el régimen de control de fusiones y adquisiciones sea previo, advertimos que el plazo para que una consulta sea realizada con anterioridad a la concreción de la operación es todavía mayor.

Ahora, ¿cuál es ese plazo? Imposible saberlo. En el pasado fueron meses como años.

Pero eso no es todo. La ley 27.442 curiosamente eliminó la posibilidad de recurrir las decisiones sobre opiniones consultivas.

Es así que el art. 10 dispone que “la decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia será inapelable”.

Por consiguiente, las dos “bondades” de la res. 26/2006 fueron eliminadas por la nueva normativa: la solicitud de opinión consultiva no suspende los plazos y la decisión de la autoridad es inapelable.

Comencé explicando por qué consideraba que las opiniones consultivas constituyen una herramienta deseable que concede seguridad jurídica, recorriendo los diferentes momentos históricos de su devenir procesal, al punto de dejar sentado que tenemos derecho a consultar y que la respuesta sea ajustada a derecho.

También expliqué por qué razón era conveniente y necesario que se suspenda la obligación de notificación.

Ahora nos encontramos con un sistema inapelable, que no suspende, en el momento en que se lanza un nuevo régimen legal, significando todo ello dejar prácticamente vacía de utilidad a las opiniones consultivas.

Recordemos una nueva vez más que la jurisprudencia de la CNDC es de lo más dispar. De igual modo recordemos que la nueva normativa también despertará dudas y faltas de certezas. Frente a ello, ¿puedo consultar a la autoridad? La respuesta es sí, dado que el régimen sigue vigente.

De acuerdo, pero ¿tiene utilidad práctica esa consulta? La verdad es que poca o nula utilidad práctica.

De este modo, creo que se pierde en muchos casos la utilidad de este régimen, vaciándolo de virtualidad y conveniencia.

Todo esto explica el título de este artículo.

Dicho esto, cabe puntualizar si pasa el test constitucional la vetusta prohibición de apelar las resoluciones que emiten una opinión consultiva.

IV. La prohibición de acceso a la jurisdicción contradice la jurisprudencia de la CS

No se me ocurre alguna razón para impedir recurrir una decisión administrativa sobre una opinión consultiva. Máxime cuando se eliminó la suspensión de los plazos.

Quizás se pensó que puede haber habido algún uso abusivo en el pasado. Pero insisto, no tiene mayor sentido si no existe suspensión de plazos.

Por otra parte, nuestro régimen jurídico no ampara el uso abusivo de los derechos(7), por lo cual, sigo sin comprender la prohibición legal.

Sinceramente a esta altura del desarrollo jurisprudencial de nuestro país y ante la enorme cantidad de resoluciones judiciales que tuvieron a la CNDC como protagonista, me resulta inverosímil que se insista con que resoluciones administrativas sean inapelables.

Es inconmensurable la cantidad de casos en que, en el pasado, la CNDC ha tratado de susstraer sus decisiones del control judicial. Pero una y otra vez distintos tribunales fueron limitando el arbitrario accionar de la CNDC.

Frente a ello y la clara jurisprudencia existente, no puedo concebir que tengamos que discutir una vez más que las decisiones de la CNDC y de toda autoridad administrativa son recurribles con fundamento en el principio de control judicial suficiente que se sustenta en la

(7) Art. 10 del Cód. Civ. y Com.

idea de que todo acto administrativo es revisable en sede judicial.

Sobre este principio, la jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que "...no existe campo alguno de la actividad administrativa cuya revisión judicial esté excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquel, claro está que con los distintos alcances según se trate de actividad administrativa reglada o discrecional. Como fundamento de ello basta con remitir a las normas contenidas en los arts. 18, 23, 108 (94), 109 (95), 116 (100) y 117 (101) de la CN. Sentada entonces la revisión judicial plena, suficiente y adecuada del acto administrativo, tanto en el caso de facultades regladas cuanto en el de discrecionales, y advirtiendo que todo acto es en parte reglado y en parte discrecional (...) afirmamos que ningún acto es totalmente irrevivable (...) siempre existen límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, y el juez para determinar si estos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar el acto..." (8).

Ahora bien, la ley 27.442 va en otra dirección. Es así que la autoridad administrativa parece ser consagrada por sobre nuestro ordenamiento, por sobre la Constitución Nacional, por sobre la jurisprudencia de la CS.

Pero afortunadamente para los ciudadanos y la vigencia de las instituciones de la República, nuestro Máximo Tribunal ha establecido límites a las atribuciones de los organismos públicos. Es así que la CS ha reafirmado el principio de necesaria revisión judicial de la actividad administrativa.

En tal sentido se ha dispuesto: "La circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente que los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio

(8) CNFed. Cont. Adm., sala I, 16/4/1998, "Marengo, Guillermo J. c. Ministerio de Acción Social y Salud Pública".

que otorga validez a los actos de los órganos del Estado" (9).

Asimismo, se ha resuelto que "...frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) (...) no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad —imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino—, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (Rivero, Jean, *Droit administratif*, 12^a ed., Dalloz, Paris, 1987, p. 98)" (10).

Ahora bien, no puede desconocerse que la jurisprudencia ha ido un paso más allá, al indicar no solo que todo acto administrativo es susceptible de control judicial sino, a su vez, que es condición de legitimidad de la actividad administrativa materialmente jurisdiccional la posibilidad de que la decisión sea revisada por un juez.

En este sentido se ha expresado que "la disponibilidad de la revisión jurisdiccional es considerada como una condición necesaria para legitimar las prerrogativas de la administración" (11).

Por su parte, la CS ha resuelto "Que entre las limitaciones que se han establecido a la actividad jurisdiccional de los organismos ad-

(9) CS, 16/12/1993, "Jalife, Elías", LL 1994-D-73; DJ 1994-2-674.

(10) CS, 23/6/1992, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos".

(11) MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 2.

ministrativos figura, ante todo, la que obliga a que sus pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (Fallos 244:548 —LL 96-98—). En el extenso pronunciamiento registrado en Fallos 247:646 (LL 100-63), que ha marcado un rumbo jurisprudencial en la materia, se reseñan precedentes que ilustran acerca del alcance del control judicial (consid. 16, p. 656), en los que se dejó en claro, invariablemente, que la validez de los procedimientos administrativos se halla supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejen expedida la instancia judicial posterior (ver especialmente Fallos 187:79; 195:50; 199:401; 207:346 y 305:129 —LL 19-646; 29-674; 35-848; 46-685; 1983-B-468—) (12).

La CS también ha resuelto que “El pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos debe quedar sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior” (13).

Asimismo, se ha dispuesto que “...cuentan con validez constitucional las resoluciones de contenido jurisdiccional dictadas por organismos administrativos, en la medida en que estén sujetas a control judicial suficiente que evite la posibilidad de que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. Además, es cierto que la ‘separación’ o ‘distribución’ de los poderes, es un principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. 1º y concs. de la CN) y que uno de sus principios es la prohibición de que el Ejecutivo u organismos administrativos realicen funciones jurisdiccionales, salvo que, como en este caso, sus resoluciones están sujetas a aquel control que evite que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (art. 109 de la CN). En tal sen-

tido, desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez de las normas legales que regulan sobre materias específicas instituyendo procedimientos administrativos y atribuyendo competencia a ciertos órganos administrativos, centralizados o no, para establecer hechos y aplicar sanciones con la condición que se preserve una revisión judicial de las decisiones adoptadas (Fallos 205:549, 270:465, 297:456, 303:1776, entre otros)” (14).

Dicha garantía ha asumido jerarquía constitucional en atención a lo dispuesto por el art. 8º.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los cuales refiere el art. 75 inc. 22 de la CN.

En definitiva, nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, a la cual pueden acudir los administrados que vieran afectados sus derechos subjetivos o intereses legítimos. El control judicial suficiente se muestra así como una garantía de los administrados.

Sobre este punto la jurisprudencia ha resuelto que “El cumplimiento de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 CN) solo requiere, como condición de validez constitucional, que la decisión de los órganos administrativos esté sujeta a un control judicial suficiente, y ello supone asegurarle al afectado la oportunidad de ocurrir ante un órgano judicial, en procura de justicia, por una vía ordinaria, mediante una pretensión a través de la cual pueda solicitar la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas o resueltas en la decisión administrativa (cfr. doct. SC Buenos Aires, Ac. 87.265, sent. de 12/2/2003)” (15).

En lo que respecta al contenido de esta garantía, el Dr. Bidart Campos ha dicho que “el control judicial suficiente significa: a) la posibilidad

(12) CS, 24/3/1988, “Di Salvo, Octavio”.

(13) CS, 19/9/1960, “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José (Suc.)”, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, 2002, p. 209, con nota de Andrea F. PRODAN.

(14) CNPenal Económico, sala A, 17/7/2007, “Air Liquide Argentina SA, AGA SA s/inc. de incompetencia y nulidad (en autos principales Praxair Argentina SA, AGA SA y Oxy Net SA)”.

(15) CApel. Contenciosoadministrativo Mar del Plata, 2/10/2008, “Molina, Carlos Andrés c. Honorable Tribunal de Cuentas”.

de interponer recurso ante los jueces del poder judicial; b) la negación de la competencia administrativa para dictar pronunciamientos finales y de carácter irrevisable” (16).

Evidentemente, la ley 27.442 no responde a los principios en que se asienta nuestro sistema jurisdiccional administrativo, según la CS los delimitó y también conforme nuestro sistema constitucional los concibió.

La exigencia de que exista control judicial suficiente se torna aún más imperiosa en nuestro análisis, puesto que se encuentra controvertida la validez de actos privados que hacen al título sobre el que se asienta la propiedad de un administrado. Es que el control de fusiones y adquisiciones es una excepción al régimen general de libertad que establece nuestra constitución. La regla es que se pueda disponer de la propiedad y también sea adquirida, así como su inviolabilidad. La excepción es que esos actos deban ser autorizados por la administración.

Por lo cual, resulta aún más preocupante otorgar también a una autoridad administrativa, que tiene la potestad para decidir si una determinada operación es legal a la luz del art. 9º de la ley 27.442, la facultad incuestionable de determinar cuándo esa autorización es exigible o no.

(16) BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 332.

No puede olvidarse que en cuanto al alcance del control judicial, se ha dicho que se trata de un control de legitimidad. Este control comprende el control de la actividad reglada y el de los límites de la actividad discrecional (razonabilidad, buena fe, límites técnicos) (17).

Sobre el contenido del control de legitimidad, el Dr. Tawil ha dicho que “...la legitimidad se relaciona con la aplicación de la ley o la conformidad de la conducta estatal con el modelo normativo que disciplina el ejercicio del poder administrativo (...) La fiscalización de la legitimidad no se limita únicamente al control jurídico de legalidad, en cierta medida objetivo y de naturaleza formal. Responde, por el contrario, a un concepto más amplio de licitud y justicia que torna procedente la revisión judicial no solo contra lo ilegal, sino también contra lo legal pero injusto, antijurídico o arbitrario” (18).

Por lo cual, la prohibición de acceso a la jurisdicción que establece el art. 10 de la ley 27.442 es, a todas luces, contrario a nuestro sistema jurisdiccional, y preocupa que en estos tiempos se insista con fórmulas que nuestra Constitución no tolera y que nuestros Tribunales extensamente han condenado.

(17) FARRANDO, Ismael - MARTÍNEZ, Patricia R., *Manual de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 668.

(18) TAWIL, Guido S., en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de derecho procesal administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 488.

Cláusulas y restricciones accesorias en el análisis de control de concentraciones de defensa de la competencia

LAURA BIERZYCHUDEK (*)

I. Introducción

Es usual que, en el marco de operaciones de concentración económica, las partes involucradas convengan entre ellas ciertas obligaciones para restringir su libertad de acción en el mercado donde se desenvuelve la unidad de negocio transferida; por ejemplo: obligaciones de no competencia, confidencialidad o no captación de empleados. La finalidad perseguida es proteger la transferencia realizada y se fundamenta en el ejercicio de la libertad de las partes de comerciar libremente. Sin embargo, este tipo de cláusulas que se suele denominar como “restricciones accesorias” pueden resultar restrictivas de la competencia.

Por esta razón, corresponde analizar ¿cuál es el alcance que podrían tener las restricciones accesorias sin afectar el bienestar económico general? Y ¿cómo es el test que la autoridad en esta materia lleva adelante localmente?

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”), la Secretaría de Comercio, los Tribunales Federales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han analizado este tema en diversos casos, dando un nuevo giro que comenzó en diciembre del año 2015 en la causa: “Clariant Participations Ltd. y otros c. Defensa

de la competencia s/apel. resol Comisión Nac. Defensa de la Compet.” (causa 25.240/15/CA2).

Por otra parte, luego de un importante intercambio de ideas entre distintos sectores, los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas han considerado esta práctica, otorgando criterios de análisis específicos.

II. Antecedentes

Existe consenso sobre la aplicabilidad del art. 1º de la ley 27.442, como también del art. 1º de su antecesora, la ley 25.156 (1), a las restricciones vinculadas a una operación de concentración económica y, por ello, existe consenso también sobre la necesidad de su evaluación en los procesos de notificaciones previas ante la Autoridad de Aplicación.

En este sentido, G. Cabanellas de las Cuevas ha dicho: “...el art. 1º se aplica a las cláusulas que son parte de concentraciones, pero el hecho de que las cláusulas tengan esa condición de accesoriedad debe ser evaluado para determinar el sentido funcional y efectos de las cláusulas” (2). En un análisis que consideramos podría ser calificado como teleológico, el mismo autor

(*) Abogada (UBA - Diploma de honor, 2002), Magister en Sistema Giuridico Romanistico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione (Universidad de Roma Tor Vergata, 2008), Socia de Estudio Trevisán.

(1) La ley 25.156 sobre el régimen legal de defensa de la competencia fue abrogada por el art. 80 de la ley 27.442, publicada en el Boletín Oficial con fecha 15/5/2018.

(2) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, Heliasta, 2005, t. II, p. 148.

preguntaba en qué medida el procedimiento de aprobación de una concentración podría incluir el análisis de cláusulas tendientes a regular el comportamiento de las partes durante su existencia empresarial, o bien, si no podría ser objetable que dicho procedimiento implique la aprobación de conductas que no constituyen en sí mismas concentración, concluyendo: "...es perfectamente admisible que la autoridad de aplicación apruebe, como parte de una concertación, las cláusulas accesorias de los contratos mediante los que se instrumenta tal concertación" (3).

Al mismo tiempo, la CNDC en el marco del estudio de operaciones de concentración económica sostenía que estas cláusulas deben considerarse juntamente con la misma operación de concentración para que sean aceptadas en el marco del análisis de sus efectos sobre la competencia y que deben estar estrechamente relacionadas con la implementación de la operación, subordinadas en importancia a ella y deben ser necesarias para su efectivización, debiendo asimismo ser un acuerdo entre partes que no involucre ni cause detrimento a terceros (4).

Según la misma CNDC, el fundamento que se ha invocado para permitir este tipo de cláusulas inhibitorias de la competencia es que estas sirven para que el comprador reciba la totalidad del valor de los activos cedidos, utilizándose las como una verdadera "protección" a la inversión realizada (5). Incluso se ha sostenido que tales reservas deben ser necesarias para la realización de la operación, lo cual significa que, de no existir ellas, la operación podría no realizarse o su probabilidad de éxito sería menor (6).

Siguiendo el razonamiento planteado, se han sistematizado requisitos y criterios para el análisis de las restricciones accesorias.

En el año 2005, G. Cabanellas de las Cuevas describía los requisitos para que la aprobación sea válida: "a) la cláusula tiene que haber sido sometida a la autoridad de aplicación... b) tiene que ser parte de los actos que la autoridad apruebe... c) tiene que ser accesorio de la concentración, en el sentido de que solo puede explicarse su existencia y función práctica y jurídica en el contexto de tal concentración... d) la información relativa a la cláusula aprobada no ha de ser falsa ni incompleta... Aprobada así una cláusula accesorio, tienen lugar los efectos del art. 15 (7) de la LDC" (8). A nuestro criterio, estos presupuestos continúan vigentes y son de aplicación en la evaluación integral que realiza la CNDC en su actual composición, tal como ampliaremos más adelante.

Por su parte, la CNDC ha sostenido antes de ahora, en numerosos precedentes, los requisitos que las cláusulas de limitación de comportamientos debían guardar para ser consideradas restricciones accesorias que no comprometen la competencia. Tales requisitos se refieren a su alcance, vinculación con la operación, necesidad, ámbito geográfico, extensión temporal y contenido (9), conforme se amplía a continuación:

- en cuanto a su alcance, las cláusulas no deben estar referidas a terceros sino solo a los participantes en la operación de concentración (10);
- estas cláusulas deben tener vinculación directa con la operación principal, estar su-

(3) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopolístico...*, cit., t. II, p. 149.

(4) Dictámenes CNDC nros. 193, 264, recopilados por PEÑA, J., *Control de concentraciones económicas*, Rubinzal-Culzoni, 2002, ps. 294 y 297.

(5) Dictamen CNDC nro. 46 (25/3/2015). Esta consideración ha sido tomada en numerosos precedentes. En este sentido, se menciona el dictamen nro. 93 en PEÑA, J., *Control...*, ps. 295 y ss.

(6) Dictámenes CNDC nros. 99, 110, 158, 174, 180, 181, 201, 207, 210, 216, 232, 241, 255, 259, 260, 282, 285 recopilados por PEÑA, J., *Control...*, p. 296.

(7) Art. 15, ley 25.156: "Las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas no podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa en base a información y documentación verificada por el tribunal, salvo cuando dicha resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante".

(8) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopolístico...*, t. II, p. 149.

(9) Dictamen CNDC nro. 704 (Conc. 677), apart. 141 (13/1/2009) y dictamen CNDC nro. 46, apart. 174 (25/3/2015).

(10) Dictamen CNDC nro. 46, apart. 175 (25/3/2015).

bordinadas en importancia a estas y ser necesarias (11);

- en cuando a su duración temporal, se ha considerado siguiendo antecedentes internacionales que un plazo razonable es aquel que permite al adquirente asegurar la transferencia de la totalidad de los activos; en ese sentido se sostenía que resultaba aceptable una prohibición de competencia por el plazo de cinco años cuando mediante la operación se transfiriere el *know how*, mientras que en aquellas en las que solo se transfiriere el *goodwill* (clientela, activos intangibles) solo es razonable un plazo de dos años, aunque también se aclaró que dicho plazo podría variar según las particularidades de cada operación (12);
- con referencia al ámbito geográfico, debe circunscribirse a la zona donde el vendedor hubiera introducido los productos o prestado los servicios antes del traspaso (13); y,
- en cuanto al contenido, la restricción solo debe limitarse a los productos o servicios que constituyan la actividad económica del negocio transferido (14).

En particular, con relación a la extensión temporal, la CNDC ha evaluado las restricciones de manera objetiva. En este sentido, se ha sostenido: “...el plazo máximo aceptado por el Organismo para una restricción accesoria es de 5 (cinco) años en el caso que haya transferencia de *know how*...”, “...contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de inversión...” (15). Con relación a las cláusulas que no cumplían dicho estándar se ha concluido que “...tienen

entidad suficiente como para disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (cfr. art. 7° de la ley 25.156) y, en razón de ello, deben ser modificadas en cuanto a la extensión temporal...” (16), a pesar de haberse expresamente considerado: “... que la operación bajo análisis no representa una preocupación por la competencia en ese mercado” (17).

III. Desarrollo de los cambios producidos en la estructura de análisis de las restricciones accesorias en Argentina

III.1. El caso “Clariant”

El razonamiento expuesto fue mantenido por la Autoridad de Defensa de la Competencia hasta diciembre del año 2015, aproximadamente, cuando la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal entró a revisar un caso concreto y se apartó de los lineamientos de la CNDC para cláusulas con restricciones accesorias, con fundamento en la facultad de las partes de arribar a acuerdos que regulen sus derechos y obligaciones y la libertad de comerciar.

En efecto, con fecha 15 de diciembre de 2015, en los autos: “Clariant Participations Ltd. y otros c. Defensa de la competencia s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.” (causa 25.240/15/CA2), la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió revocar la res. 63/2015 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía del 14 de abril de 2015 y mantener, tal y como fue acordado por las partes, las cláusulas accesorias de “No competencia” y “Confidencialidad”.

En el contrato de inversión, las partes habían convenido que la cláusula de no competencia se extendiese por el plazo que dure el acuerdo de *joint venture*, o bien, durante el plazo de 30 meses desde la fecha en la cual el accionista o afiliada dejase de ser titular de cualquier acción o no poseer interés sobre esta en calidad de beneficiario; y la cláusula de confidencialidad, por el plazo de 3 (tres) años contados a partir del vencimiento o resolución del contrato marco.

(11) Dictamen CNDC nro. 46, apart. 175 (25/3/2015).

(12) En relación con este requisito, la misma CNDC citó como antecedentes en el dictamen CNDC nro. 46, apart. 176 (25/3/2015): Dictamen recaído en el expediente N. S01:0296087/2002 (Conc. N. 392), dictamen CNDC nro. 334, res. SCI 10/03 y dictamen recaído en expte. nro. S01:0008372/2006 (Conc. 594), dictamen CNDC nro. 606, res. 69/2007. De conformidad, también: dictamen CNDC nro. 704 (Conc. 677), apart. 144 (13/1/2009).

(13) Dictamen CNDC nro. 46, apart. 177 (25/3/2015).

(14) Dictamen CNDC nro. 46, apart. 178 (25/3/2015).

(15) Dictamen CNDC nro. 63, apart. 156 y 162 (14/4/2015).

(16) Dictamen CNDC nro. 63, apart. 160 (14/4/2015).

(17) Dictamen CNDC nro. 63, apart. 133 (14/4/2015).

La resolución de la Autoridad de Defensa de la Competencia había dispuesto subordinar “la operación de concentración económica, consistente en el establecimiento de una unión transitoria de empresas entre las firmas Clariant Participations Ltd. Switzerland y Wilmar International Limited, Singapore; a través de sus subsidiarias, las firmas KOG Investments PTE Ltd., Singapore, y Yihai Kerry Investments Co., Ltd., China; por la cual se transfiere un grupo de activos de las sociedades notificantes a un *joint venture*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13, inc. b) de la ley 25.156; a la modificación del contrato de inversión, celebrado con fecha 25 de octubre de 2012 entre las firmas KOG Investments PTE Ltd., Singapore y Clariant Participations Ltd. Switzerland, de la cláusula 18 titulada ‘No competencia’ y de la cláusula 19.1 titulada ‘Obligación de confidencialidad’, las que deberán disponer una duración temporal de la restricción accesoria en ellas contenidas máxima de cinco (5) años de duración a partir de la fecha en que se suscribió el mismo, pero no por un plazo posterior salvo que el contrato marco finalice o bien cese su calidad de accionistas o afiliadas, según definiciones del propio contrato, con anterioridad al plazo de cinco (5) años. El plazo para efectuar las modificaciones indicadas no deberá ser superior a un (1) año contado desde la notificación de la presente resolución” (18).

Para así decidir, la sala I consideró el juego de los arts. 957 (19) y 959 (20) del Cód. Civ. y Com. y el art. 14 (21) de la CN, concluyendo: “...inicialmente las partes tienen la facultad de arribar a

(18) Dictamen CNDC nro. 63, apart. 162 (14/4/2015).

(19) Art. 957, Cód. Civ. y Com.: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

(20) Art. 959, Cód. Civ. y Com.: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

(21) Art. 14, CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de (...) comerciar; de peticionar a las autoridades; (...) de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles...”.

acuerdos que regulen recíprocamente sus derechos y obligaciones” y lo acordado en las cláusulas objetadas “...constituye —como principio— la expresión del ejercicio de su libertad de comerciar libremente, derecho garantizado...” constitucionalmente.

Para cerrar su razonamiento, el tribunal consideró además que el conflicto suscitado en dichos autos trató sobre cuestiones de hecho y prueba y que no existían constancias probatorias que demuestren, de manera concreta y fehaciente, que las cláusulas accesorias objetadas pudieran provocar un daño al interés general, reduciendo la oferta de los productos comercializados por las partes contratantes o modificando los precios de los productos o afectando de otra manera al mercado. En efecto, recordó que la propia CNDC concluyó, en su dictamen, que la unión transitoria de empresa notificada no afectaba la competencia en el mercado local. De ese modo, la sala I determinó que el alcance que puede darse a este tipo de cláusulas accesorias no debe ser considerado una cuestión de puro derecho, sino que debe probarse que el contrato y tales disposiciones violan la ley 25.156, como también, que las cláusulas accesorias a un contrato que no representa una preocupación para la competencia deben seguir la misma suerte de este.

Posteriormente, con fecha 19 de abril de 2016, la sala I rechazó el recurso extraordinario federal presentado por el Estado Nacional - Ministerio de Economía, reiterando el criterio de que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48. No obstante ello, el Ministerio de Economía interpuso recurso de queja por denegación del extraordinario. Finalmente, con fecha 22 de junio de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso de queja, en virtud del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.

III.2. Revisión del criterio mantenido por la misma CNDC

Luego de recaída la sentencia de la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con fecha 15 de diciembre de 2015, en el caso “Clariant”, pero antes de que dicho pronunciamiento fuera revisado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la CNDC en su

nueva composición revisó la aplicación de los criterios desarrollados en sus precedentes.

A partir de allí, la evaluación se reestructuró considerando las siguientes pautas y criterios (22):

- Las partes tienen la facultad de arribar a acuerdos que regulen recíprocamente sus derechos y obligaciones, incluso en esta materia, y lo acordado constituye la expresión del ejercicio de su libertad de comerciar libremente.
- No obstante, las restricciones accesorias pueden encontrarse alcanzadas por el art. 7° de la ley 25.156. Estas serían aquellas que se constituyen en barreras a la entrada al mercado y siempre que dicha barrera tuviese la potencialidad de resultar perjuicio para el interés económico general (23).
- Las cláusulas con restricciones accesorias deben considerarse en el marco de la evaluación integral de los efectos que la operación notificada tendría sobre la competencia, tal como ha sido explícitamente recogido como fundamento de la decisión revocatoria de la res. 63/2012 realizada por la Cámara Civil y Comercial Federal, sala I, en la causa 25.240/15/CA2.
- La autoridad debe analizar y considerar los criterios de necesidad, vinculación, duración, partes involucradas y las respectivas definiciones de los mercados: geográfico y de producto, afectados por la operación notificada.
- Como se ha expuesto más arriba, la vinculación directa, accesoriedad y necesidad de la restricción a la operación principal es clave para proseguir con el análisis, puesto que si la restricción fuera independiente a la transacción, debería analizarse a la luz del

(22) Conc. 1204 ("Basf"), dictamen nro. 1322, res. 292, aprobada el 13/10/2016; Conc. 1101 ("Basf"), dictamen nro. 1376, res. 470, aprobado con fecha 26/12/2016; y Conc. 1305 ("Meli"), dictamen nro. 97 (apart. 37 y ss.), res. 407, aprobada con fecha 23/5/2017.

(23) Al respecto, la CNDC citaba la Sección IV de la res. SCyDC 164/2001, sobre los Lineamientos anteriores para el control de concentraciones económicas.

art. 1° de la ley 27.442. Con respecto a este punto, entendemos se mantiene vigente el criterio por el cual una cláusula puede ser considerada como restricción accesorias cuando funciona como una verdadera protección a la inversión realizada o, en otras palabras, cuando son necesarias para la realización de la operación, lo cual significa que, de no existir ellas, la operación podría no realizarse o su probabilidad de éxito sería menor (24). Esto, independientemente, de cómo sean denominadas por las partes o el instrumento que se utilice para su perfeccionamiento o que fueran convenidas en el marco de una concentración, por ejemplo.

- En cuanto a los sujetos, se especifica que debe estar dirigida a los sujetos que resultan salientes de la operación notificada y alcanzan a dependientes directos, empleados jerárquicos o familiares directos. También es usual que involucren a empresas controladas o vinculadas, o las filiales locales en los casos de operaciones transnacionales. En cierto caso, la restricción alcanzó a la controlante de la vendedora, en los mismos términos que esta, considerándose que también resultaba beneficiada con la transacción (25).
- Con relación a la duración temporal se confirma que un plazo razonable es aquel que permite al adquirente asegurar la transferencia de la totalidad de los activos y proteger su inversión y que dicho plazo puede variar según las particularidades de cada operación y de los mercados afectados, pero se omite, por lo general, hacer referencia a cantidades determinadas de años. Acá apa-

(24) Con relación a obligaciones accesorias, el Cód. Civ. y Com. unificado establece: "Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor" (art. 856) y "La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario" (art. 857).

(25) Dictamen CNDC nro. 296, res. 38 (18/1/2018).

rece la aplicación expresa de un criterio de razonabilidad.

- En cuanto al contenido o los objetos afectados, se mantiene el criterio que la restricción solo debe limitarse a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la o las empresas o parte de la o las empresas transferidas, ya que no resulta razonable, desde el punto de vista de la competencia, extender la protección brindada por este tipo de cláusulas a productos o servicios que el vendedor no transfiere o no comercializa. Nuevamente aquí se aplica el criterio de razonabilidad.
- Las restricciones accesorias a la operación de concentración, impuestas a la parte vendedora, por sí mismas no tienen potencial entidad como para restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general, considerando para ello el fundamento de la decisión revocatoria de la res. SC 63/2012 realizada por la Cámara Civil y Comercial Federal, sala 1ª en la causa 25.240/15/CA2, que explicaba: “la operación informada no afecta la competencia y que, si el acuerdo principal no representa una preocupación o un peligro para la competencia ni para el interés económico general, la misma suerte debería correr para las cláusulas accesorias de dicho contrato”.
- El análisis debe efectuarse a la luz de las condiciones en que se desenvuelve la competencia en cada mercado y sobre la base de un análisis caso por caso, aclarándose expresamente que las objeciones contra las restricciones accesorias deben fundarse con la misma rigurosidad con que se fundamenta cualquier objeción al acuerdo que instrumenta la operación notificada, quedando a cargo de la CNDC proveer evidencia suficiente para encuadrar el acuerdo y/o las cláusulas de restricciones accesorias en el art. 7º de la ley (26), en virtud de ser una

cuestión de hecho y prueba conforme el caso “Clariant”.

En nuestra opinión, la revisión efectuada por la misma CNDC resulta coherente con el desarrollo sostenido anteriormente en cuanto a que el análisis de este tipo de restricciones debe efectuarse a la luz de las condiciones en que se desenvuelve la competencia de cada mercado, teniendo en cuenta las particularidades de cada operación y sobre la base de un análisis caso por caso, tal como ella misma concluyó en el punto 146 de su dictamen nro. 1115, de fecha 11 de marzo de 2015 (27).

III.3. Marco normativo local

Sin perjuicio de las referencias efectuadas en otras partes de este artículo, la ley 27.442, sancionada con fecha 9 de abril de 2018 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de mayo de 2018, no incorporó ninguna previsión específica para la evaluación de las restricciones accesorias.

Sin embargo, la evolución desarrollada en la materia fue recogida por la res. 208/2018 de la Secretaría de Comercio, de fecha 11 de abril de 2018 y publicada en el Boletín Oficial el 13 de abril del mismo año, que aprobó los Lineamientos para el control de concentraciones Económicas. En su apartado V.3 sobre restricciones accesorias, estableció: “Las partes en una operación de concentración económica tienen la facultad de arribar a acuerdos que regulen sus derechos y obligaciones. Esta libertad incluye la posibilidad de establecer restricciones accesorias al contrato principal, entre las que se encuentran ciertas cláusulas o acuerdos que limitan la competencia entre las partes contratantes (por ejemplo, cláusulas de no competencia, o de no captación de clientes o empleados). Dichas restricciones son en general inocuas en términos de generar perjuicio a la competencia en los mercados, pero en algunos casos particulares pueden afectar el interés económico general. A fin de determinar el posible perjuicio al interés económico general de las restricciones accesorias, la Autoridad de Aplicación

(26) Actualmente, art. 8º de la ley 27.442, el cual establece del mismo modo: “Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que

pueda resultar un perjuicio para el interés económico general”.

(27) De conformidad, asimismo, con dictamen CNDC nro. 704 (Conc. 677), apart. 146 (13/1/2009).

tendrá en cuenta el marco de la evaluación integral de los efectos que la operación de concentración tiene sobre la competencia. En ese contexto, considerará si dichas restricciones se encuentran acotadas en su alcance a los sujetos involucrados en la operación de concentración económica, como así también a los productos o servicios involucrados y a la cobertura geográfica de la operación. Asimismo, se analizará si la duración de las cláusulas es razonable en términos de sus objetivos específicos (por ejemplo, transferencia de activos intangibles como el 'valor llave' de una empresa o ciertos tipos de *know how*)”.

III.4. Derecho comparado

Desde otro ángulo, corresponde mencionar que la CNDC ha manifestado expresamente seguir la jurisprudencia internacional o el derecho comparado en el análisis de las restricciones accesorias(28). En efecto, se hace expresa referencia a una evaluación integral y a la vinculación directa de las restricciones a la operación de fondo y su carácter de necesaria, por ejemplo.

No obstante, en la Comunidad Europea hace varios años que ya no se hace una evaluación de las restricciones accesorias en sus decisiones de fusión, como lo había hecho anteriormente, lo que ha generado ciertas críticas (29).

En efecto, el reglamento comunitario de concentraciones prevé: “Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin” (30). Vinculado con ello, considerando 21 aclaró: “Las decisiones de la Comisión por las que se declare que las concentraciones son compatibles con el mercado

común en aplicación del presente reglamento deberían cubrir automáticamente dichas restricciones, sin que la Comisión tenga que evaluar estas restricciones individualmente. No obstante, a instancias de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre, la Comisión deberá evaluar expresamente si una restricción determinada está directamente vinculada a la realización de la concentración y es necesaria a tal fin. Un caso presenta una situación nueva o sin resolver que suscita auténtica incertidumbre cuando la cuestión no está cubierta por la pertinente comunicación de la Comisión en vigor o por una decisión publicada de la Comisión”.

IV. Observaciones realizadas a la luz de la lectura de los dictámenes y resoluciones publicados en el sitio web de la CNDC desde el 31 de julio de 2017 al 1 de agosto de 2018

A partir de la lectura de 126 dictámenes y resoluciones sobre concentraciones, arrojados por el buscador avanzado de la CNDC, cuya fecha de inicio fue el 31 de julio de 2017 y su fecha final el 1 de agosto de 2018, observamos lo siguiente (31).

- Todas las operaciones de concentración económica han sido aprobadas en los términos del inc. a) del art. 13 de la ley 25.156 (32) y ninguna de las cláusulas denominadas “restricciones accesorias”, detectadas en ellas, han sido observadas.
- En todos los casos, la CNDC ha analizado la existencia de las restricciones accesorias

(31) Disponible en: http://cndc.produccion.gob.ar/buscadoravanzado?field_fecha_value%5Bmin%5D%5Bdate%5D=07/31/2017&field_fecha_value%5Bmax%5D%5Bdate%5D=08/01/2018&body_value=&field_resoluci_n_value=&field_dictamen_value=&field_industria_tid=All&field_tipo_de_documento_tid%5B0%5D=1.

(32) Hoy reemplazado por el art. 14 de la ley 27.442, el cual establece: “Art. 14.- En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo y dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto, la autoridad, por resolución fundada, deberá decidir: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca; c) Denegar la autorización...”.

(28) En este sentido, dictamen CNDC nro. 1376 (aps. 50 y 61), entre otros.

(29) WISH, R., *Competition Law*, 4ª ed., Reed Elsevier, 2001, ps. 783 y ss.

(30) Reglamento (CE) nro. 139/2004 del Consejo del 20/1/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), art. 6º, apart. 1, (b), párr. 2º y art. 8º, apart. 1, párr. 2º y apart. 2, párr. 3º.

en un capítulo específico. En general, tal capítulo formó parte del título: “Efectos de la operación de concentración notificada” (o similar).

- En 31 operaciones, la CNDC ha informado: “...esta Comisión Nacional no advierte la presencia de instrumentos y/o cláusulas restrictivas de la competencia” (33).
- Es usual que las partes prevean restricciones accesorias en el marco de concentraciones económicas. Se han observado en este sentido: cláusulas de confidencialidad, no competencia y no captación de empleados (incluye a veces a consultores y contratistas) o clientes, usuarios o proveedores. No se han visto, sin embargo compromisos de compra o suministro de productos que fueran levantados por la CNDC en los dictámenes revisados. Con relación a derechos de propiedad intelectual, solamente en un caso se han considerado en el marco de la cláusula de confidencialidad (34).
- La CNDC ha desarrollado la estructura de razonamiento mencionada anteriormente y, usualmente, la incorpora de manera expresa. En este sentido, en numerosos precedentes ha hecho expresa referencias a las pautas de vinculación, necesidad, partes involucradas, duración, extensión geográfica, contenido (o productos afectados) (35). En otros, se ha limitado a mencionar las pautas de sujeto, objeto y extensión (36), por ejemplo.
- Como excepción a lo manifestado anteriormente con relación a los sujetos involucrados, en un solo caso hemos observado el tratamiento de una cláusula de restricción a compradores, la cual no ha sido observada. Al respecto, la CNDC manifestó: “Se

estableció una restricción a compradores para que directa o indirectamente no ofrecieran empleos u operaran en Argentina en los negocios de tercerización de procesos comerciales, fabricación de *software* y consultorías llevados a cabo a través de los activos no target a la fecha de cierre. Durante el mismo período de tiempo el comprador, tenía una restricción para no ofrecer empleo o contratar a empleados claves del cesionario en las actividades anteriormente mencionadas (...). Tampoco resulta objetable para esta Comisión Nacional, la restricción pactada en relación con el comprador, habida cuenta los términos en los que se llevó a cabo la operación y la fundamentación esgrimida por las partes” (37).

- En cuanto a la duración temporal, se han aceptado cláusulas de no competencia por tiempo indeterminado (38) o por el plazo de 5 años sin mencionar expresamente traspaso de *know how*, hasta lo que hemos podido ver (39). En el marco de una Unión Transitoria de Empresas, se ha considerado razonable una cláusula de confidencialidad pactada con una vigencia de 4 años, contados luego de finalizados los acuerdos de operación conjunta (40).
- Asimismo, hemos observado la remisión expresa al antecedente “Clariant” en numerosos dictámenes, a saber: 263, 133, 148, 121, 128, 230, 181, 65, 156, 163, 291, 298, 277, 247, por ejemplo.
- En ciertos casos, la CNDC indica expresamente si considera que la restricción se encuentra vinculada directamente con la operación de fondo (41) (independientemente de denominarlas restricciones ac-

(33) El término “instrumento” solamente ha sido observado en este dictamen nro. 129 (apart. 28), res. 618 (10/8/2017).

(34) Dictamen nro. 1310, res. 471 (28/11/2017).

(35) Dictámenes nros. 247, 229, 234, 212, 175, 210, 193, 209, 208, 191, 205, 164, 151, 133, 140, 148, 121, 128, 230, 196, 65, 156, 163, p. ej.

(36) Dictámenes nros. 6642427, 1369, 254, 171 (se manifiesta el número tal cual se publica en el sitio).

(37) Dictamen nro. 65 (apart. 105 y ss.), res. 656 (30/8/2017).

(38) Dictamen nro. 205 (apart. 151 y 156), res. 756 (27/9/2017).

(39) Dictamen nro. 1369 (apart. 43), res. 16 (5/1/2018).

(40) Dictamen nro. 229 (apart. 131), res. 929 (11/12/2017).

(41) P. ej., en el dictamen nro. 168, ha expresado que se encontraba “intrínsecamente vinculada” y en el nro. 230, habló de “estrictamente vinculada”.

cesorias); mientras que en otros casos, no lo manifiesta expresamente. Asimismo, en ciertos casos, la CNDC ha fundamentado su decisión sosteniendo que: “Cabe destacar que la autorizaciones sin subordinaciones de una operación de concentración económica instrumentada a través de una venta, implica que —en ese caso concreto— no existen objeciones en cuanto a la salida de la parte vendedora de un mercado determinado. Por ello, tampoco puede haber objeciones en dichos casos cuando el contrato se complementa con restricciones accesorias que impiden el reingreso de la parte vendedora” (42).

Con relación al análisis caso por caso de las restricciones accesorias, observamos que las restricciones accesorias suelen pactarse en operaciones de transferencia de unidades de negocios, acciones o cuotas o fondos de comercio, como también, en el marco de uniones transitorias de empresa, desde el perfeccionamiento de cualquiera de dichas operaciones, durante su vigencia o a partir de su terminación. En ciertos casos, las cláusulas con restricciones accesorias se encuentran incorporadas en los acuerdos principales que instrumentan la operación de fondo, pero también se han incluido en otros documentos separados, que también son analizados por la CNDC (43). En particular, la CNDC ha considerado lo siguiente.

Con relación a la cláusula de no concurrencia, la CNDC se preguntó si es posible aceptar restricciones luego de disuelto el vínculo. Al respecto, consideró: “La doctrina mayoritaria considera que las cláusulas de interdicción de

competencia serán válidas en aquellos casos en que realmente hay negociación indebida y no simples actividades semejantes y se funden en razones verdaderamente justificadas (la relación del trabajador con la clientela de la empresa, sus conocimientos técnicos especializados, etc.). Dado que dichas cláusulas importan una limitación a la libertad de trabajo, están subordinadas a las reglas del derecho común, y en cuanto a su interpretación, a los principios del derecho del trabajo, por lo que no deben extenderse más allá de lo que fuera necesario para proteger los intereses del antiguo empleador. En este caso, la CNDC observó que la restricción prevista era más amplia que el concepto de contenido habitual, mencionado anteriormente, pero atento a que el deber de no concurrencia de un empleado comprende todas las actividades desarrolladas por la empresa empleadora, concluyó que no era restrictiva de la competencia. Reconoció allí que la cláusulas tenía como sentido y efecto proteger el valor de las empresas del grupo comprador en tanto no se utilicen contra de sus intereses información privilegiada del negocio, adquirida durante la vigencia de la relación laboral y que forma parte del patrimonio de las empresas del grupo” (44).

Por otro lado, en un solo caso hemos observado la referencia expresa al derecho comparado en el siguiente sentido: “...La compilación de las Normas sobre Defensa de la Competencia de la Unión Europea sostiene que los mismos principios y directrices aplicables a las cláusulas de no competencia son aplicables a las cláusulas de *non-solicitation* o no ofrecer empleo” (45).

En otra concentración, con una cláusula expresa denominada actividades no competitivas, prevista por un plazo de hasta cinco (5) años con posterioridad a la fecha de cierre, la CNDC concluyó que aunque implique una barrera al re-ingreso del vendedor al mercado por el tiempo acordado en el contrato, por sí mismas no tienen potencial entidad como para restringir o distorsionar la competencia de modo que

(42) Dictamen nro. 128 (apart. 83), res. 605 (3/8/2017). En otro caso, entendemos se ha justificado la vinculación diciendo, en la línea del desarrollo de este tema: “se trata de un tipo de cláusula habitual ... y tiene por finalidad proteger el valor de los activos que se transfieren en la operación, de forma que los compradores puedan insertarse en el mercado..., con normalidad, en un plazo razonable teniendo en cuenta la estructura de la oferta de ese mercado, y sin temor a que los vendedores se valgan de su trayectoria y su conocimiento en la industria para menoscabar o frustrar el valor global de la compañía transferida” (dictamen nro. 164, apart. 46, res. 668, de 31/8/2017).

(43) P. ej., ver dictámenes CNDC nro. 6644070, apart. 13; y nro. 4670493, apart. 19.

(44) Dictamen CNDC nro. 97, apart. 43, 45 y 50 (res. 407).

(45) Dictamen nro. 156 (apart. 69), res. 651 (25/8/2017).

pueda resultar perjuicio al interés económico general (46).

Con relación a la cláusula de confidencialidad, se observa una diferencia entre aquellas que restringen la divulgación o intercambio de información de las compañías, de aquellas que solamente tienen por objeto proteger los términos del acuerdo de inversión. Con relación a estas últimas, la CNDC ha dicho en reiterados precedentes: “...no son restricciones accesorias...” (47) y, de manera más específica, ha concluido en otras palabras: “...esta limitación al recaer sobre información necesaria objeto de la negociación no constituye una restricción accesoria en los términos en que esta Comisión Nacional ha acuñado este tipo de restricciones” (48).

Con relación a la cláusula de confidencialidad también ha sido considerado por la CNDC: “Las partes han acordado que no se divulgue el contenido mismo del contrato y la información obtenida en consecuencia, ni las negociaciones previas a su conclusión. Se trata de una cláusula de confidencialidad típica de protección de los términos propios del acuerdo y de la información obtenida como consecuencia de este. Constituye una restricción necesaria para lograr éxito en la negociación y cierre de la transacción pero no que importa una limitación a la competencia de las partes ni se constituye en una barrera a la entrada al mercado, por lo que no tiene la potencialidad de resultar perjuicio para el interés económico general” (49).

También se ha valorado que: “esa información confidencial suele ser el activo principal de muchas empresas y sistemas y es por ello que quien habrá de proporcionarla suele exigir que quien habrá de recibirla acepte un pacto o acuerdo de confidencialidad, en el que pueden preverse penalidades para el caso de

incumplimiento” (50). Y que la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo: “no surge de autos que tal cláusula [...] tenga por efecto jurídico perjudicar a una de las partes o a este mercado o tenga por efecto modificar precios o condiciones de competencia, ni mucho menos normativa de orden público. De esta manera, no existe objeción alguna a que las partes del contrato reserven confidencialmente esta información por el plazo acordado (CNFed. Civ. y Com. [sala I], ‘Clariant Participations LTD y otros c. Defensa de la Competencia s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.’) (51).

V. Conclusiones

Atento lo expuesto, el cambio de abordaje de las cláusulas denominadas “restricciones accesorias” es consistente con las propuestas de modernización de la CNDC en todo el proceso de análisis de las operaciones de concentraciones económicas y la confirmación de la autonomía de la voluntad receptada por el nuevo Cód. Civ. y Com.

Ello así, por cuanto rigen, como reglas, las libertades reconocidas en el art. 959 del Cód. Civ. y Com. y el art. 14 de la CN y cualquier infracción a la ley 27.442 deberá ser debidamente probada en el marco de las actuaciones que se tramiten, de conformidad con la solución jurisprudencial adoptada por la sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal en el caso “Clariant”.

No obstante, actualmente, luego del desarrollo descripto, entendemos que la autonomía de la voluntad de las partes podrá ser ejercida, válidamente y sin reproche, siempre que la restricción que se acuerde resulte vinculada directamente con la operación de fondo, accesoria a esta y necesaria, sin resultar excesiva. Esperamos que la CNDC aborde este análisis, conforme los criterios elaborados en sus numerosos dictámenes, complementando los fundamentos genéricos con aquellos específicos que correspondan en cada caso y sobre

(46) Dictamen nro. 1322 (apart. 50), res. 292.

(47) Al respecto, ver dictámenes CNDC nro. 291 (res. 72, 14/2/2018), nro. 9065261 (res. 201, 9/4/2018), nro. 298 (res. 55, 30/1/2018), nro. 297 (res. 50, 25/1/2018), nro. 295 (res. 40, 18/1/2018).

(48) Dictamen nro. 142 (apart. 57), res. 619 (10/8/2017).

(49) Dictamen nro. 272 (aparts. 96 y ss.), res. 9 (8/1/2018).

(50) CAMELO, Gustavo, “La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL Online (cita online AR/DOC/180/2015, citado en numerosos dictámenes por la CNDC).

(51) Dictamen nro. 241 (apart. 30), res. 955 (28/12/2017); dictamen nro. 253 (aparts. 33 y ss.), res. 943 (22/12/2017).

la base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otra parte, es cierto que en la Unión Europea, la Comisión no evalúa las restricciones individualmente, cuando ellas están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin y que las decisiones por las que se declare que las concentraciones son compatibles con el mercado común en aplicación de sus normas cubren automáticamente dichas restricciones. No obstante, en pos de unificar criterios y generar certidumbre, tiene sentido incorporar, localmente, un capítulo específico en los dictámenes atendiendo tal punto, sin que resulte necesario, reiterarlo en la resolución de la Secretaría de

Comercio pertinente. Aclaramos, sin embargo, que el dictamen es, en principio, incorporado como anexo a la resolución, formando parte integrante de esta. Sin perjuicio de ello, habiendo sido reglamentada la nueva ley 27.442 y luego de un plazo prudente de interpretación, entendemos que este criterio podría ser revisado en la dirección indicada por la Unión Europea.

En definitiva, entendemos que también en Argentina la clasificación de las cláusulas con restricciones como “vinculadas de manera directa y accesoria a la operación de fondo” y “necesarias a tal fin” determina el análisis que de ellas podrá hacer la Autoridad de Contralor y su resolución, puesto que solo en tal caso seguirían la suerte del acuerdo principal.

Aplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia a operaciones de concentración económica en curso

ESTEBAN P. RÓPOLO (*)

Uno de los cambios más importantes, y también que más preocupación genera, introducido por la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (la "LDC") es el control previo de concentraciones económicas.

Conocidas son las demoras incurridas en el proceso de control de concentraciones económicas por parte de las autoridades salientes en diciembre de 2015 (y que habían llevado los procedimientos a una insólita duración promedio de casi 3 años). Conocido es también el hecho de que las actuales autoridades han corregido en gran parte dicha morosidad inadmisibles. Sin embargo, cuando dicho control previo se encuentre finalmente operativo, la nueva autoridad de defensa de la competencia que prevé la LDC enfrentará el desafío de lograr que las operaciones de concentración económica sean revisadas y aprobadas en plazos brevísimos, al menos comparados con los plazos del pasado e, incluso, los actuales.

Sin embargo, la LDC prevé un plazo de transición relativamente prolongado antes de llegar a dicho control previo. Ese plazo, que es de un año contado desde el momento de la constitución de la nueva autoridad (proceso relativamente complicado y prolongado), presenta el desafío de conocer cómo será el período de transición de un régimen a otro; tanto para las operaciones de concentración notificadas bajo

el régimen de la vieja ley 25.156 antes de la entrada en vigencia de la LDC, como de aquellas operaciones de concentración económica notificadas luego de la entrada en vigencia de la LDC pero antes del inicio del sistema de control previo.

I. El régimen original de la ley 25.156

La ley 25.156, sancionada en el año 1999, preveía originalmente la creación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia ("TNDC") que tendría a su cargo tanto las investigaciones por infracciones a la ley como los procedimientos de control de concentraciones económicas.

El TNDC nunca se constituyó y el secretario de Comercio (en sus distintos nombres) y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC" o la "Comisión"); organismos de aplicación de la primera Ley de Defensa de la Competencia, la 22.262) fueron, hasta el año 2014, la autoridad de aplicación transitoria de la ley 25.156.

Esto por disposición del art. 58 de la misma que establecía que "las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley" (el destacado nos pertenece).

(*) Abogado especialista en temas de defensa de la competencia. Autor del libro *Ley de Defensa de la Competencia comentada y anotada* (La Ley). Profesor de Derecho Empresario en la Universidad del CEMA.

Complementariamente, el art. 59 establecía que “queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales”.

Recordemos que el art. 17 de la ley 22.262 establecía que la CNDC tenía a su cargo la instrucción del procedimiento por infracciones a la ley 22.262; mientras que el entonces secretario de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Economía (antecesor del secretario de Comercio) dictaba, previo dictamen de la CNDC, las resoluciones por las cuales se aplicaban multas, se desestimaban denuncias, se aceptaban compromisos o se disponía el cese o abstención de determinadas conductas (arts. 19, 24, 26 y 30 de la ley 22.262).

Durante los primeros años de vigencia de la ley 25.156 tales competencias no fueron impugnadas por las partes afectadas por el accionar de la CNDC y el secretario de turno. Sin embargo, a medida que transcurría el tiempo y el TNDC no se constituía y la CNDC y el secretario emitían resoluciones que podían llegar a afectar intereses de particulares, comenzaron a surgir cuestionamientos a la competencia de estos organismos para aplicar la ley 25.156, conforme veremos a continuación.

1.1. Primeros cuestionamientos legales

En el año 2004, el entonces secretario de Coordinación Técnica dicta la res. 8/04 por la cual (i) aprueba la operación de concentración económica que involucra a *Crédit-Suisse First Boston Private Equity Argentina II LLC - Sucursal Argentina, Nueve Artes SA* y *HFS Media SA*; y (ii) impone una multa por notificación tardía.

Apelada la multa por las partes y llegado el caso a la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (“CNFed. Civ. y Com.”), dicho tribunal ordenó la revocación de la res. 8/04. Para así resolver, la Cámara “recordó que el órgano competente para dictar este tipo de sanciones es la CNDC, de acuerdo con el art. 58 de la ley 25.156”. También dijo que la CNDC “solo había emitido un dictamen aconsejando y que al aconsejar, dictó un acto administrativo de naturaleza preparatoria o

consultiva, pero no la resolución de sanción”; siendo el secretario de Coordinación Técnica “incompetente para imponer multas o autorizar fusiones” (1).

En igual sentido se expidió dicha sala I en el caso *Recreativos Franco* (2). En el mismo, la Cámara declaró la nulidad de la res. 157/05 emitida por el secretario de Coordinación Técnica por cuanto el mismo “ejerció funciones legalmente atribuidas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia... En efecto, el órgano competente —que según lo dispuso el Congreso de la Nación al sancionar la ley 25.156 es transitoriamente la CNDC— emitió solamente un acto administrativo de naturaleza preparatoria o consultiva, sin ejercitar las competencias y funciones que tiene atribuida por ley. Asimismo, se advierte que la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción no es la dependencia administrativa designada por la ley 25.156 para ejercer las funciones relacionadas con la defensa de la competencia. En este estado, deviene necesario declarar la incompetencia del Secretario de Coordinación Técnica para dictar la resolución objeto de recurso”.

Llegados ambos casos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CS”), la procuradora fiscal recomienda revocar ambas sentencias de Cámara. Para así fallar, se basa en una interpretación armoniosa del art. 58 de la ley 25.156 con la anterior ley 22.262.

Así, dice la procuradora fiscal (con argumentos que luego la CS hace suyos) que “la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la Comisión Nacional, como también la de emitir los dictámenes pertinentes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, cuando la ley así lo prevé, el tratamiento a seguir en las actuaciones. También es indudable que la facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del

(1) MEDINA, Graciela, “Visión jurisprudencial de la Ley de Defensa de la Competencia a seis años de su dictado”, LL del 8/2/2006.

(2) CNFed. Civ. y Com., sala I, 11/5/2006, “Recreativos Franco s/apel. resol. Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, publicado en *www.elDial.com* de fecha 29/6/2006.

dictado de actos administrativos, corresponde al secretario ministerial, en el caso, al de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción” (3).

Sin embargo, y como veremos a continuación, los escuetos fallos arriba citados dejaban abiertos varios interrogantes sin respuesta; interrogantes que venían siendo considerados mientras tanto por la justicia mendocina desde el año 2004.

I.2. Antecedentes del caso “Cencosud/Disco”

En el año 2003 la empresa *Cencosud* (propietaria de la cadena de supermercados *Jumbo*) anuncia su intención de comprar la cadena de supermercados *Disco/Vea*. Por superar el límite de los doscientos millones de pesos fijado por el art. 8º de la ley 25.156, dicha operación es sometida a la aprobación de la CNDC en el marco del control de fusiones y adquisiciones establecido por la ley 25.156.

Ante ello, el Sr. Manuel Belmonte, por su propio derecho y en representación de la Asociación Ruralista de General Alvear promueve una acción de amparo ante el Juez Federal del departamento de San Rafael, Mendoza.

El objeto de dicha acción de amparo es que se ordene a la Secretaría de Coordinación Técnica que suspenda el trámite de notificación previa de la fusión arriba mencionada “hasta tanto se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia”.

(3) Dictamen de la procuradora fiscal de fecha 22/6/2006 (argumentos adoptados por la CS en su sentencia del 5/6/2007 dictado en el caso “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.”. En iguales términos: (i) dictamen de la procuradora fiscal de fecha 26/12/2006 (y adoptado por la CS en su sentencia de fecha 5/6/2007 dictada en el caso “Recreativos Franco s/apel. resol. Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, y (ii) dictamen de la procuradora fiscal de fecha 16/7/2007 y fallo de la CS de fecha 16/4/2008, caso “Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Producción - Secretaría de Coordinación Técnica - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Recurso de Hecho)”.

Simultáneamente, el Sr. Belmonte deduce una medida de no innovar para que se ordene a la CNDC y a la Secretaría de Coordinación Técnica que suspendan el trámite de la notificación hasta que se resuelva el amparo (posteriormente, el Sr. Belmonte solicita la ampliación de dicha medida cautelar a fin de que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional que constituya el TNDC, manteniendo en el ínterin la suspensión del trámite de notificación previa).

El juez de primera instancia (argumentos que luego la sala A de la Cámara Federal de Mendoza hace suyos) decide conceder la medida cautelar solicitada; ordenando a la CNDC y a la Secretaría de Coordinación Técnica suspender el trámite de notificación previa y abstenerse de realizar acto administrativo alguno respecto de la concentración hasta que se resuelva el fondo del amparo promovido.

Para así resolver, la sala A de la Cámara Federal de Mendoza (con fecha 23/12/2004) argumentó que:

(i) El art. 59 de la ley 25.156 (al derogar toda atribución de competencia relacionada con la ley 25.156 otorgada a favor de otros organismos o entes estatales) establece que es la CNDC el órgano encargado de autorizar o denegar operaciones de concentración económica (consid. VI[a] último párrafo) (4);

(4) Si bien esta conclusión se ve implícitamente contradicha más adelante en el mismo fallo cuando se hace mención, al pasar, a la CNDC y a la Secretaría de Coordinación Técnica como los órganos de aplicación de la ley 25.156; consid. VIII (c) segundo párrafo. No estamos de acuerdo con la interpretación que la sala A de la Cámara Federal de Mendoza hace del art. 59 de la ley 25.156. En efecto, cuando el mismo dice que “queda derogada toda atribución de competencia otorgada a otros organismos o entes estatales”, entendemos que se refiere a cualquier otro órgano estatal que, en virtud de normas especiales tuviera competencia en materia de defensa de la competencia (pero no a los órganos de aplicación de la vieja ley 22.262, los que continuarán aplicando la ley 25.156 mientras no se constituya el TNDC). Tres son las razones que abonan esta conclusión: (i) la necesidad de interpretar armoniosamente el art. 59 con el art. 58 de la ley 25.156. En efecto, este último establece que “el órgano de aplicación” de la ley 22.262 seguirá entendiendo tanto de las causas en trámite como de las que se inicien, hasta tanto se constituya el TNDC. Ahora bien, como hemos visto, el órgano de aplicación de la ley 22.262 era dual (la CNDC y el secretario). Y como el art. 58 no

(ii) La CNDC, en tanto que organismo de aplicación de la ley 25.156, se encuentra (al momento del dictado de la cautelar) “desintegrada” al tener solo dos directores —de un total de cinco— en funciones; y

(iii) En virtud de tal hecho, el directorio de la CNDC carece de quórum para sesionar y tomar decisiones.

Con posterioridad al pronunciamiento sobre el remedio cautelar, el juez federal de primera instancia de San Rafael dictó su sentencia sobre el fondo del amparo solicitado (con fecha 3/8/2005).

Dicha sentencia se dicta con una CNDC ya integrada por sus cinco directores. En función de tal hecho, el juez decide “declarar ilegítima y arbitraria la actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a fecha 14 de abril de 2004 por su falta de integración y ordenar a esta última que, con su total conformación de cinco miembros, bajo las previsiones de la ley 25.156 *prosig*a el trámite de notificación

distingue entre uno y otro debe interpretarse que el mismo establece que ambos continúan como órgano de aplicación de la ley 25.156 hasta tanto se constituya el TNDC. Si esta es la interpretación del art. 58, surge, entonces, que no puede interpretarse que el art. 59 haga referencia al secretario, máxime cuando no habla de “órgano de aplicación” sino de “otros organismos o entes estatales”. Sostener lo contrario implicaría afirmar que los arts. 58 y 59 son contradictorios, lo que va en contra de las reglas básicas de hermenéutica jurídica; (ii) el verdadero objetivo del art. 59 es lograr la centralización de todo procedimiento administrativo en el TNDC a constituirse bajo la ley 25.156, al cual se dota de una mayor independencia y poderes que a sus antecesores (ver en este sentido CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h), *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, t. 2, p. 343); y (iii) el art. 59 del dec. 89/2001 establece que “dentro de los sesenta (60) días a contar a partir de la entrada en vigencia de la presente reglamentación, la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor establecerá los procedimientos y mecanismos para... b) la transferencia de todas las causas y tramitaciones que en las materias objeto de esta ley hayan sido con anterioridad obtenidas por o atribuidas a otros organismos y/o entes estatales”. Está claro, de esta norma reglamentaria, que la verdadera hermenéutica del art. 59 de la ley 25.156 es que el mismo quiere concentrar en el TNDC (y mientras no se constituya, en la CNDC y el secretario) todas las causas que en materia de defensa de la competencia podrían encontrarse en trámite ante otros organismos.

previa... de la concentración económica mediante la cual CENCOSUD pretende tomar control de la cadena de supermercados Disco-Vea” (el destacado es nuestro).

En sus considerandos, el juez federal afirma que (a) la CNDC es el órgano de aplicación de la ley 25.156 hasta tanto se conforme el TNDC (nada dice respecto del secretario de Coordinación Técnica pero califica a la CNDC como “órgano de evaluación y resolución transitorio”, lo que pareciera indicar que el secretario no debería cumplir función alguna); (b) la misma debe funcionar con un quórum de al menos tres miembros sobre cinco; y (c) todo lo actuado por la CNDC mientras se encontró “desintegrada” (es decir, sin ese quórum mínimo) es nulo por arbitrario.

Finalmente, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza decide revocar parcialmente la sentencia del juez de primera instancia, declarando abstracta la acción de amparo y ordenando a la CNDC que, con su total conformación de cinco miembros inicie nuevamente el trámite de notificación previa de la operación de concentración.

Los argumentos de la Cámara incluyeron:

(i) Que la CNDC es el órgano de aplicación único de la ley 25.156 hasta tanto se conforme el TNDC; y

(ii) Que como tal, la CNDC debe funcionar con un quórum mínimo de cinco miembros a fin de no disminuir las garantías legales del procedimiento (5).

(5) En el ínterin, y mientras estos procedimientos se sustanciaban, el juez federal subrogante de la ciudad de Mendoza dictaba, con fecha 16/2/2005, una medida cautelar en el marco de la concentración *Cablevisión-Multicanal* (en este caso a raíz de una acción de amparo iniciada por *Supercanal*). Por dicha medida se ordenaba (i) a *Cablevisión* y *Multicanal*, y a sus accionistas y controlantes, abstenerse de ejecutar cualquier acto que pudiera dar principio de ejecución a la concentración en cuestión; y (ii) a la CNDC y al Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) abstenerse de emitir cualquier resolución definitiva que contradiga lo dispuesto en dicha medida cautelar hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el proceso iniciado. Fundamentaba, entre otras razones, su decisión el Juez en que “un aspecto que no puede soslayarse en orden a proveer una segu-

I.3. El fallo de la CS

Llegado el caso “Belmonte” a la CS, nuestro más alto tribunal revoca el fallo de la Cámara Federal de Mendoza, para lo cual analiza dos cuestiones diferentes: (i) quién es el órgano de aplicación transitorio de la ley 25.156 hasta tanto se conforme el TNDC y (ii) si la CNDC debe cumplir con un quórum mínimo para funcionar (tema que no constituye objeto de este trabajo) (6).

ridad jurídica de orden jurisdiccional, aunque más no fuere provisional, lo constituye el hecho denunciado por la actora, y que es de público y notorio, acerca de la particular situación de la Comisión de Defensa de la Competencia y la transitoriedad de su funcionamiento a partir de la ley 25.156. La inestabilidad funcional de dicho organismo, que podría llegar a ser cuestionado por aquellos a los que debe someter a su control, dan razón suficiente para acoger una protección cautelar en tal sentido”.

(6) CS, Fallos 331:781, caso “Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Producción - Secretaría de Coordinación Técnica - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (recurso de hecho)”. La procuradora fiscal sostuvo que el agravio relativo a la interpretación de las leyes 22.262 y 25.156 en cuanto a la autoridad de aplicación de esas normas como a las reglas de su funcionamiento, suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria. Y, como se apuntó anteriormente, también expresó que “la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión nacional de Defensa de la Competencia —con facultades de instrucción y de asesoramiento— y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponde la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes. Ello es así, claro está, hasta tanto el tribunal creado por la ley 25.156 se constituya —en cuyo caso le corresponderá, según dispone dicha ley, tanto la tarea instructoria como la de decisión— y mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su art. 58. De lo dicho se desprende, a su vez, lo desafortunado de fijar una regla de funcionamiento —un quórum determinado— a la Comisión como sostuvo la alzada, en tanto este organismo no ejerce competencia decisoria alguna en materia de operaciones de concentración económica, antes bien, instruye el procedimiento y asesora a la autoridad administrativa que resolverá en definitiva; máxime, cuando, además, se pretende establecer por vía de un pronunciamiento judicial, disposiciones que no existen en las leyes de defensa de la competencia ni están determinadas en la reglamentación de estas, configurando ello una inaceptable intromisión de un órgano del Estado sobre otro”.

Respecto a la primera cuestión, y basándose en los precedentes *Credit Suisse* y *Recreativos Franco*, la procuradora fiscal afirma categóricamente que la autoridad de aplicación transitoria a la que se refiere el art. 58 de la ley 25.156 es la CNDC y el “órgano ejecutivo de la cartera económica al que...le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes” (en la actualidad, el SCI).

Pasando al tema del quórum para que funcione la CNDC, la procuradora fiscal afirma que no existe quórum mínimo alguno que deba cumplir la CNDC para funcionar.

Dos argumentos avalan esta decisión: (i) que no existe norma legal alguna que establezca dicho quórum mínimo (con lo cual no corresponde al poder judicial fijarlo); y (ii) que la CNDC no tiene facultad decisoria alguna en materia de concentraciones económicas (solo instruye el procedimiento y asesora a la autoridad administrativa que resuelve la cuestión).

Compartiendo estos argumentos de la procuradora fiscal, la CS sostiene que a los mismos debe agregarse que “tampoco es razonable concluir —como lo hizo la Cámara— que ante el silencio de la ley 22.262, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia puede desarrollar válidamente sus funciones siempre y cuando cuente con la participación del número total de miembros que deben integrarla. Si bien es cierto que la ley mencionada no prevé el quórum funcional de dicha comisión, ello no solamente no sustenta el criterio seguido en autos por la cámara, sino que, por el contrario ese criterio es incompatible con el modo en que diversos regímenes regulan la actuación de órganos colegiados de la Administración Pública Nacional, en tanto establecen la validez de su funcionamiento con un número menor a la totalidad de sus integrantes” (7).

I.4. Fallos posteriores

La jurisprudencia sentada por la CS en el caso “Belmonte” en materia del organismo de aplicación transitoria de la ley 25.156 se constituyó en la guía para un sinnúmero de fallos judicia-

(7) CS, caso “Belmonte”.

les que debieron resolver cuáles son los actos instructorios del procedimiento que puede realizar la CNDC y cuáles son aquellos que revisten un carácter resolutorio y que, por ende, corresponden al Secretario de turno.

Así, en materia de *incidentes de prescripción*, se decidió que el rechazo por la CNDC de un planteo de prescripción “excede las facultades de instrucción y asesoramiento de la CNDC”, por lo que dichos incidentes deben ser resueltos por el organismo con facultades decisorias, es decir, el secretario (8).

También carece de facultades la CNDC para disponer el *archivo de las actuaciones administrativas*, cualquiera sea la causa de dicho archivo. Es lo que estableció la CS en el precedente “Moda”, al decir que “la decisión que dispone el archivo de las actuaciones, cualquiera sea la razón que la justifique, constituye una determinación de mérito respecto de la denuncia formulada, temperamento que, atento a su trascendencia y consecuencias, se identifica claramente con la actividad resolutoria y excede las facultades de investigación e instrucción del procedimiento que el ordenamiento le asigna a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” (9).

De igual manera, la CNDC tampoco tiene facultades para resolver en materia de *medidas*

(8) CNFed. Civ. y Com., sala III, “Compañía Industrial Cervecera SA s/apel. resol. CNDC”, causa nro. 8131/09, sentencia del 27/10/2009. Sentencia confirmada por la CS por medio de sentencia del 4/9/2012. En igual sentido, CNPenal Económico, sala A, 1/2/2013, “Incidente de prescripción en autos principales Coca Cola Polar Argentina SA s/infracción ley 25.156”.

(9) CS, 29/11/2011, “Moda SRL s/solicitud de intervención (C.1216)”. La CS cita el precedente de Fallos 330:2527 en el que se sostuvo que “dentro de las potestades decisorias que competen al secretario de Comercio se encuentran, entre otras, las de aplicación de multas, de archivo de las actuaciones, de desestimación de denuncias, de aceptación de compromisos, de cese o abstención de la conducta imputada, de disposición de pase del expediente a la justicia”. En igual sentido, en cuanto a la falta de competencia de la CNDC para resolver planteos de falta de jurisdicción, legitimación activa, falta de acción y de prescripción, ver CNPenal Económico, sala B, 29/3/2012, “Inc. de prescripción, falta de legitimación activa, falta de jurisdicción y falta de acción en autos principales Dr. Lucio Julio Natel s/solicitud de intervención de CNDC - Ley 25.156”, expte. nro. 62417.

cautelares (10) ni en materia de *si se ha producido o no la aprobación tácita de una operación de concentración* (11).

II. La reforma introducida por la ley 26.993

Luego de quince años de vigencia de la ley 25.156 y de incumplimiento al mandato de creación del TNDC, la reforma a la misma por la ley 26.993 termina con esta “transitoriedad” y dispone:

- Que el Poder Ejecutivo Nacional determinará la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (*función que se confirmó en cabeza del Secretario de Comercio*);
- Que la autoridad de aplicación será asistida por la CNDC (art. 19 modificado de la ley 25.156);
- Que todas las disposiciones que se refieran al TNDC deben entenderse como referidas a la autoridad de aplicación —es decir, el secretario de Comercio— (conf. art. 21 modificado de la ley 25.156);
- Que la anterior norma implica que es competencia del Secretario de Comercio —como autoridad de aplicación— dictar las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de control de concentraciones económicas, conforme el art. 13 de la ley 25.156; y
- Que para los casos no previstos por la ley 25.156, se aplicará la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

En concordancia con lo anterior, el secretario de Comercio dictó la res. 359/2015 (prorrogada por la res. 2/2015 del Ministerio de Producción y res. 157/2016 de la Secretaría de Comercio), por la cual, en su calidad de autoridad de aplicación de la ley 25.156, dispuso que la CNDC tendría a su cargo recibir y tramitar expedientes relacionados con los trámites de control de concentraciones económicas, junto con otra se-

(10) CNPenal Económico, sala B, 23/5/2013, “Sunesys SRL s/incidente de apelación en autos principales Telefónica de Argentina SA y Telefónica Móviles de Argentina SA s/infracción ley 25.156”.

(11) CNPenal Económico, sala B, 1/10/2013, “Compañía Vale do Rio Doce y Rio Tinto plc s/incidente de apelación”.

rie de actos instructorios de estos expedientes que se citan en varios incisos del art. 1º de dicha resolución.

Posteriormente, la res. 190-E/2016 de la Secretaría de Comercio derogó la res. 359/2015 y dispuso un nuevo reparto de funciones entre la Secretaría de Comercio y la CNDC por la cual se establece:

1) Que es función de la CNDC llevar adelante la investigación e instrucción de los expedientes, otorgándole a tal efecto una serie de funciones similares a las contenidas en la res. 359/2015;

2) Que la CNDC es competente para resolver los planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por la propia CNDC; y

3) Que es función de la CNDC la realización de dictámenes no vinculantes para la Secretaría de Comercio sobre las siguientes cuestiones:

- Aprobación, subordinación o denegación de autorizaciones de concentración económica;
- Solicitud al juez de medidas cautelares;
- Archivo de las actuaciones;
- Imposición del cumplimiento de condiciones u órdenes de cese o abstención de la conducta lesiva;
- La imposición de multas y sanciones; y
- El deber de notificar una operación de concentración económica.

III. Operaciones de concentración notificadas bajo el régimen de la ley 25.156

En lo que se refiere a las operaciones de concentración que se encontraban bajo análisis de la CNDC al momento de la entrada en vigencia de la LDC, el art. 81 del dec. regl. 480/2018 establece claramente que los expedientes de dichas operaciones de concentración continuarán su tramitación, hasta su finalización, conforme lo establecido por la ley 25.156.

Coherente con este principio, la res. 359/2018 de la Secretaría de Comercio, que vuelve a dis-

tribuir las funciones entre la CNDC y el secretario de Comercio para el período de transición hasta que se constituya la nueva Autoridad Nacional de la Competencia, vuelve a ratificar que la CNDC, “en su carácter de organismo técnico especializado en la materia, continuará asistiendo a la Secretaría de Comercio, realizando los actos instructorios en el marco de los expedientes que... se encuentren en trámite en virtud de la... ley 25.156”.

Es decir que, en virtud de las normas mencionadas, la CNDC y el secretario de Comercio deberán continuar instruyendo y resolviendo sobre los expedientes de concentración económica iniciados bajo la vigencia de la ley 25.156, en función de las normas y principios contenidos en dicha ley. Esto incluye, pero no se limita a, la aplicación supletoria del procedimiento previsto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (tema sobre el cual volveremos más adelante); ley que no resulta de aplicación a los procedimientos regidos por la LDC (ver art. 79 de la LDC).

Lo anterior implica que no resultan de aplicación aquellas normas de la LDC que regulan el procedimiento de las concentraciones económicas pero que no se hallaban en la anterior ley 25.156, como ser:

— La posibilidad de que cualquier interesado formule manifestaciones y oposiciones a una operación (art. 13 de la LDC); y

— Confección de un informe fundado sobre las objeciones que la autoridad tenga con relación a una operación de notificación y realización de una audiencia con las partes para discutir medidas que mitiguen el efecto negativo (art. 14; aunque, en nuestra opinión, nada obsta a que la CNDC, en uso de sus facultades instructorias, decida hacerlo).

IV. Operaciones de concentración económica notificadas luego de la entrada en vigencia de la LDC pero antes del inicio del sistema de control previo

IV.1. Cuándo notificar

El art. 9º, párr. 1º, de la LDC establece el control previo de las concentraciones económicas. De acuerdo con el mismo, las concentraciones

económicas que cumplan con los requisitos establecidos por la LDC deberán ser notificadas para su aprobación *previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero*.

Ahora bien, dicho control previo no será de aplicación inmediata sino que el art. 84 de la LDC establece que el mismo *entrará en vigor luego de transcurrido un año desde la puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia*.

Mientras ello no ocurra, continuará en vigor el actual control *ex post* de las concentraciones económicas. Esto implica que las concentraciones económicas deberán ser notificadas hasta cumplida una semana (12) contada a partir (i) de la fecha de la conclusión del acuerdo; (ii) de la publicación de la oferta de compra o canje; o (iii) de la adquisición de una participación de control. Dicho plazo se cuenta a partir del momento en que ocurra el primero de dichos acontecimientos.

De manera similar al dec. 89/2001, el dec. regl. 480/2018 regula algunos casos específicos de cómo contar dicho plazo de una semana.

Así, en el caso de las *fusiones*, el plazo comienza a correr el día siguiente al día en que se suscribe el acuerdo definitivo de fusión, conforme lo dispuesto por el apart. 4 del art. 83 de la ley 19.550 de Sociedades.

En las *transferencias de fondo de comercio*, el plazo arranca el día siguiente al día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio ("RPC"), conforme lo dispone el art. 7º de la ley 11.867. En los hechos, la inscripción en el RPC suele demorar producto de la tardanza en que incurre la AFIP-DGI al momento de emitir el certificado de libre deuda previsional (art. 12 ley 14.499). Para paliar esta demora, la Inspección General de Justicia ha adoptado, para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, un mecanismo que pretende disminuir esta demora en beneficio de los particula-

res (ver, en este sentido, el art. 309 de la res. gral. IGJ 7/2005).

En el caso de las *compraventas de acciones u otras participaciones sociales*, el plazo comienza a correr desde el día siguiente al día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el contrato respectivo. Cuando se trata de sociedades anónimas, dicho momento es el de la notificación de la transferencia accionaria al directorio de la sociedad, conforme el art. 215 de la ley 19.550. En las sociedades de responsabilidad limitada corresponde al día en que se entrega un ejemplar o copia del título de la cesión (13).

Finalmente, en los *demás casos*, el plazo comienza a correr el día siguiente al día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión, en virtud de las leyes respectivas. Esto suele coincidir con el momento de la firma del contrato, aunque no siempre (por ejemplo, en aquellos contratos en los cuales se firma un día el mismo pero el precio y la transferencia de la propiedad de la empresa o de los activos se produce un tiempo después).

En cuanto al caso de una oferta de compra o de canje, el plazo comienza a correr a partir del día siguiente al de la publicación de la misma, conforme la ley 26.831. La publicación de meros trascendidos o de noticias sobre una potencial oferta no dispara este plazo. En el caso de ofertas privadas de compra de acciones, el plazo se rige por lo mencionado más arriba; es decir, la fecha de conclusión del acuerdo (14).

Mientras dure este período de transición de un control *ex post* a un control *ex ante* (el cual puede resultar más o menos prolongado dependiendo de la voluntad política de ir adelante con la constitución de la autoridad), entendemos que resultará de aplicación la copiosa jurisprudencia elaborada por la CNDC sobre este tema de cuándo notificar una operación de concentración durante la vigencia de la ley 25.156.

Así, en el caso de las licitaciones, el criterio de la CNDC es que se puede notificar en cualquier

(12) Este es un plazo de siete días corridos contados a partir del día siguiente a que hubiera ocurrido alguno de los actos mencionados en la LDC.

(13) Ver dictamen de concentración nro. 1/1999 aprobado por res. SICyM 788 del 19/10/1999.

(14) Opinión Consultiva ("OPI") nro. 27.

momento desde la adquisición de los pliegos por el interesado o hasta dentro de una semana de la fecha del acto de adjudicación de la licitación al adjudicatario (15).

Una situación particular lo constituyen las opciones para la adquisición de acciones y otros títulos que representan la propiedad de una sociedad. Conforme el art. 84 del dec. 480/2018, cuando se trata de la adquisición de “la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones”, el plazo de siete días para notificar a la CNDC comienza a correr desde el día siguiente al “día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición”. Coherente con este criterio, puede afirmarse que el otorgamiento de una opción a comprar acciones o participaciones no implica la adquisición de la propiedad o de algún otro derecho sobre las acciones o participaciones en cuestión (16), con lo cual la operación solo deberá notificarse al momento del ejercicio efectivo de la opción y no antes. Este es el criterio sustentado por la CNDC en varias OPIs en las cuales ha dicho que la notificación debe realizarse “al momento de ejercitarse de manera efectiva” la opción en cuestión (17). Igual criterio es seguido en

Europa en donde, en principio, la celebración de un contrato de opciones sobre acciones no debe notificarse debido a que el mismo no lleva a un cambio de control (18). Solo en casos excepcionales, cuando la estructura misma de la operación muestra que las opciones serán efectivamente ejercidas en un futuro cercano, podrá considerarse que existe la obligación de notificar al momento de la celebración del contrato de opción (19).

IV.2. Efectos de la operación durante el período de transición

El art. 84 del dec. 480/2018 establece que durante el período de transición hasta la implementación del control *ex ante* no resultará de aplicación el tercer párrafo del art. 9º de la LDC (20).

las opciones ejercidas... hayan quedado perfeccionadas conforme a las normas aplicables”). Finalmente, en el caso de la OPI nro. 147, se trataba de una locación de unos acopios por dos años con opción a otros tres más. El criterio de la CNDC fue que la primera locación por dos años no debía notificarse ya que no implicaba una toma de control pero que, si se ejercía la opción por otros tres años más, las partes deberían notificar tal hecho a la CNDC. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h) - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 91. tienen una posición similar, al afirmar que la obligación de notificar se disparará cuando se produzca la toma de control. Sostienen estos autores que “puede suceder que la sola adquisición de un derecho de opción u otro similar, no sea suficiente para incidir sobre el control de la empresa, hasta que la opción se ejerza. En tales casos, la fecha a partir de la cual comienza el plazo para efectuar la notificación de la concentración será aquella en que se perfeccione la transferencia de las acciones u otros activos, conforme a las reglas del contrato respectivo y a las que correspondan al tipo de activo de que se trate”.

(18) Ver “Air France v. Commission”, caso T-29/93 (1994) ECR II-323, citado por CHRISTENSEN, P. *et al.*, en FAULL, J. - NIKPAY, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, ps. 212 y 213, párr. 4.30.

(19) Ver “KLM/Air UK”, caso IV/M967 (1997), citado por CHRISTENSEN, P. *et al.*, en FAULL, J. - NIKPAY, A., *The EC Law...*, cit., ps. 212 y 213, párr. 4.30.

(20) El tercer párrafo del art. 9º de la LDC establece que “los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, así como el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán sancionados por dicho tribunal como una infracción, en los términos del art. 55, inc. d) de la presente ley, sin perjuicio de la obligación

(15) OPIs nros. 139 y 140.

(16) El adquirente de la opción de compra solo tiene un derecho personal sobre el otorgante de esa opción consistente en poder exigir el cumplimiento de la obligación a su vencimiento (es decir, al momento del ejercicio de la opción). Si el otorgante de la opción se negare a entregar las acciones al momento del ejercicio de la opción, el adquirente de la opción de compra solo tendrá derecho a iniciar las acciones legales tendientes a la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de dicho incumplimiento.

(17) Así, en la OPI nro. 74, dijo la CNDC que “estando aplazado a cuatro años... el ejercicio de la opción de compra sobre las acciones de la sociedad en formación (junto con la correspondiente opción de venta de esas mismas acciones), y que los efectos de la resolución del art. 13 de la ley 25.156 expiran al año de la misma, la operación descripta no ha de ser analizada *ante tempus*. Ello sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de las partes de efectuar la notificación del art. 8º de la ley 25.156 al momento de ejercitarse de manera efectiva las opciones recíprocas de compraventa en la operación descripta”. En igual sentido se expidió la CNDC en las OPIs nros. 27 (“la operación en análisis deberá ser notificada una vez ejercida la opción de compra”), 78, 163, 184 y 185 (“el plazo de una [1] semana comenzará a correr una vez que

Lo anterior quiere decir que durante el período de transición las partes podrán cerrar la operación sin estar sujetas a sanción alguna.

Esta disposición está de acuerdo con lo que era la práctica durante la vigencia de la ley 25.156 —práctica que continuará vigente durante todo el período de transición—, a saber:

(a) La concentración puede notificarse hasta una semana después de perfeccionada la operación.

(b) Los actos que se realicen pendiente la aprobación de la CNDC tendrán efectos tanto entre las partes como respecto a terceros.

(c) Si la concentración se aprueba, los actos que se hubieran otorgado por las partes durante el proceso de aprobación quedarán definitivamente “firmes”.

(d) Si se deniega la aprobación, no habrá sanciones por haber llevado adelante la operación, pero el comprador deberá disolver la operación y desprenderse de los activos en un plazo de tiempo limitado, plazo de tiempo que ha sido fijado por el secretario en los pocos casos prácticos que se han planteado en el pasado, so pena de verse sujeto a las sanciones del art. 46 inc. b) de la LDC (21).

(e) En virtud de lo anterior es que entendemos conveniente que las partes no avancen con la integración de las operaciones de ambas empresas (la adquirente y la adquirida), a fin de contar con la flexibilidad suficiente como para disolver la operación —si ello les fuera requerido— dentro del plazo que le fije el secretario a tal efecto (22).

de revertir los mismos y remover todos sus efectos en el caso en que se determine que se encuentra alcanzado por la prohibición del art. 8° de la presente ley”.

(21) Todo ello sin perjuicio del hecho de que cualquier conducta anticompetitiva cometida por las partes durante el período de transición hasta la aprobación de la operación por la CNDC y el secretario podrá ser denunciada a, e investigada por, la CNDC. Ver en este sentido CNFed. Civ. y Com., sala III, 17/4/2008, “Gigacable SA s/ apelación resolución CNDC”, consid. 9.

(22) Para un análisis más detallado ver CERVIO, Guillermo - RÓPOLO, Esteban, *Ley 25.156. Defensa de*

V. Aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

La reforma introducida por la ley 26.993 a la ley 25.156 dispuso la aplicación supletoria de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549. Esta modificación implicó agregar más demoras al procedimiento de control de concentraciones económicas al tornarse necesaria la participación de los servicios jurídicos de la Secretaría de Comercio. Esta participación implicó adicionar una instancia más de revisión del procedimiento, para no mencionar las muchas veces irrazonables peticiones de aclaración o de intervención de terceros organismos realizados por dichos servicios jurídicos.

La LDC deja sin efecto esta reforma, elimina la mención a la ley 19.549 y dispone la aplicación supletoria del Cód. Penal y del Cód. Proc. Penal.

Sin embargo, las operaciones de concentración que hubieran sido notificadas al amparo de la vieja ley 25.156 continuarán sujetas al procedimiento de la misma, como venimos de ver, lo que implica que deberán estar sujetas al previo dictamen de los servicios jurídicos de la Secretaría de Comercio, con las demoras que ello implica.

VI. Operaciones de concentración cerradas durante la ley 25.156 pero notificadas bajo la LDC

La LDC fue publicada el 15 de mayo de 2018 en el Boletín Oficial. Su entrada en vigencia se produjo el 24 de mayo. Durante ese período de nueve días se cerraron varias operaciones de concentración económica en las cuales el plazo para notificar vencía el día 24 de mayo o luego.

Se presenta, entonces, un interesante caso de vigencia temporal de la ley ¿Cuál ley debe en ese caso regir la obligación de notificar? ¿La ley vigente al momento del cierre o la ley vigente al momento de la efectiva notificación?

La CNDC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este tema en un reciente Dicta-

la Competencia. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 395 y ss.

men (23). En el mismo se trataba de una operación que cerró el día 17 de mayo; es decir, dos días después de la publicación de la LDC en el Boletín Oficial. La notificación a la CNDC se produjo el 24 de mayo, el día de la entrada en vigencia de la LDC.

La operación fue notificada porque la misma superaba los umbrales de notificación de la ley 25.156 (\$200 millones) pero estaba por debajo de los nuevos umbrales de la LDC (es decir, los 2 mil millones de pesos).

La CNDC resolvió que la operación en cuestión no debía haberse notificado porque la LDC y el dec. 480/2018 disponen que solo “continúan en trámite al amparo de la ley anterior [es decir, la 25.156] aquellos expedientes iniciados conforme esa normativa. En el caso concreto, esta hipótesis no se verifica, pues estos actuados se iniciaron en vigencia de la nueva ley”.

Para resumir, si una operación se cerró durante la vigencia de la ley 25.156, pero se notificó (o debió haberse notificado) durante la vigencia de la LDC, se le aplicarán a la misma los nuevos umbrales de notificación y las excepciones previstas en el art. 11 de la LDC. De esta manera quedan excluidas de la obligación de notificar muchas operaciones concluidas durante esa semana entre una y otra ley.

(23) CNDC, “Klara Holdco SA y Zinger Investments SL s/notificación art. 9º de la ley 27.442, concentración 1636, dictamen del 13/7/2018 y res. 441/2018 del secretario de Comercio del 25 de julio de 2018.

VII. Conclusiones

Para resumir, los principios básicos de aplicación temporal de la LDC a las operaciones de concentración económica son los siguientes:

- Las operaciones de concentración que se encontraban bajo análisis de la CNDC al momento de la entrada en vigencia de la LDC continuarán su tramitación, hasta su finalización, conforme lo establecido por la ley 25.156.
- Mientras no se constituya la nueva Autoridad, y no se cumpla el plazo de un año de dicha constitución, las operaciones de concentración económica continuarán sujetas a un control *ex post*.
- Durante este período de transición, cuya duración no podemos anticipar pero que esperamos no se constituya en permanente (como ya ocurrió con la ley 25.156), entendemos que toda la jurisprudencia administrativa y judicial generada durante la ley 25.156 en cuanto a cuándo notificar continúa plenamente vigente.
- De igual manera, durante este período de transición las partes podrán cerrar la operación sin estar sujetas a sanción alguna.
- De igual manera, las operaciones que continúen sujetas a la ley 25.156 estarán sujetas a la aplicación supletoria de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Partes coadyuvantes en la Ley de Defensa de la Competencia

FRANCISCO JOSÉ CÁRREGA (*)

I. La defensa de la competencia y su finalidad legal

La participación de “partes coadyuvantes” en los procedimientos que se llevan a cabo con sujeción a las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia, actualmente la ley 27.442, puede interpretarse de forma restrictiva o no.

Por tal motivo es relevante recordar en esta nota ciertos principios esenciales en los que se apoya el régimen de defensa de la competencia y su finalidad misma.

En tal sentido, cabe resaltar ante todo que el art. 42 de la CN prevé que “las autoridades proveerán... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

Se trata de defender la concurrencia de diversos oferentes al mismo mercado; pues la posibilidad de competir libremente, en cualquier rubro de la economía, hace a su adecuado funcionamiento, sirve —o debe servir— a todos los actores del mercado, hace a la libertad de empresa amparada por nuestra misma Constitución Nacional (arg. arts. 14, 42 y concs.).

A la vez, la competencia, al orientar a las empresas hacia una mayor eficiencia, permite una mejor distribución de recursos en la economía (1).

Debe protegerse la competencia que realmente puede existir, esto es, la *competencia imperfecta o efectiva*; pues la *competencia perfecta* no puede existir (2).

Se trata, en definitiva, de proteger la posibilidad de que las empresas libremente concurren a competir con otras en el rubro del mercado que fuere, y de que, una vez en él, no vean obstaculizada indebidamente su actuación; posibilidad que constituye un interés de la comunidad toda. Se trata de asegurar la posibilidad de ingreso irrestricto al mercado, y la inexistencia de obstáculos indebidos para actuar en él. De modo que, si se afecta indebidamente la competencia, se estaría perjudicando el *interés ge-*

(1) SORIANO GARCÍA, José E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, p. 51.

(2) BENEGAS LYNCH, Alberto (h), *Fundamentos de análisis económico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 50. Se ha señalado que la competencia perfecta se presentaría cuando (i) existe un completo conocimiento de todos los elementos relevantes por parte de la totalidad de los competidores, (ii) todos los productos son homogéneos y son ofrecidos por un gran número de empresas pequeñas que *per se* no inciden en la formación de precios, y (iii) no existen restricciones y costos de ningún tipo en la comercialización de los productos. Ver también, al respecto, POSADO DE SAN ANTONIO, Miryam, “Los presupuestos económicos del derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia europeo y español*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 30.

(*) Abogado. Ex Juez Nacional. Master en Derecho Empresario (ESEADE). Especializado en Derecho de Defensa de la Competencia. (Universidad Salamanca).

neral, y como efecto reflejo los derechos individuales de los integrantes de la comunidad (3).

Es por ello que la ley 27.442, al igual que el marco legal precedente a esa ley, apunta a la protección del *interés económico general*.

Se ha dicho que si bien la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia entendió reiteradamente que los actos lesivos a la competencia y al correcto funcionamiento de los mercados afectan *per se* el interés económico general (pues ese interés estaría protegido mientras se preserve el funcionamiento del mercado), lo cierto es que esa expresión es imprecisa y puede dar lugar a interpretaciones disímiles (4).

Sin embargo, el *interés económico general* constituye una pauta o principio rector de la ley; y, más allá de las interpretaciones sobre su alcance, en términos generales la traba al ingreso a un mercado o la instauración de obstáculos para su desarrollo regular y sin restricciones afectan el *interés económico general*.

Y los procedimientos basilares instaurados por la ley 27.442 (Procedimiento de Control de Concentraciones —arts. 9º y ss.—; y la actuación oficiosa del Tribunal de Defensa de la Competencia, o a instancias de un denunciante, ante posibles prácticas restrictivas de la competencia —arts. 28, 34 y ss.—) tienen como finalidad primaria y última la preservación de la libre competencia, evitando la afectación del *interés económico general*.

II. La eficacia necesaria y exigible al Tribunal de Defensa de la Competencia

El funcionamiento cada vez más dinámico del mercado, la generación acelerada de una multiplicidad de nuevas actividades económicas acompañada de la desaparición de otras, el desembarco revolucionario de la *robotización*, la posibilidad de crear y desarmar estructuras jurídicas con velocidad extraordinaria, las cada vez más complejas instrumentaciones de

transacciones comerciales, entre muchos otros factores, imponen al Tribunal de Defensa de la Competencia un desempeño eficaz y oportuno.

En la economía de la Argentina abundan los ejemplos en las últimas décadas de prácticas restrictivas de la competencia, como también de concentraciones económicas que puede visualizarse *ex ante* que afectarán la libre competencia y por lo tanto el interés económico general.

Ello, en el contexto señalado, impone que las autoridades actúen con celeridad y eficacia, pues los procedimientos que se prolongan por años, sin medidas adoptadas oportunamente, alejan la posibilidad de cumplir eficazmente las finalidades previstas en la ley y las funciones asignadas por ella al Tribunal de Defensa de la Competencia. Al margen, claro está, de los numerosos casos contrarios al derecho de defensa de la competencia en los que la autoridad de aplicación no ha intervenido y no interviene, por no haber sido detectados, por no haber sido denunciados, o por la razón que fuere.

La eficacia de la acción del Tribunal de Defensa de la Competencia obliga a disponer en cada caso, en forma oportuna, con rapidez, de la mayor cantidad de información que sea pertinente, y de la mayor cantidad de elementos probatorios que fueran conducentes, por cierto que en el ámbito de sus incumbencias y funciones.

Es en ese contexto, y sobre la base de los principios recordados en el punto anterior, que en nuestro parecer se debe ponderar la actuación de las “partes coadyuvantes” en los procedimientos previstos por la ley 27.442.

III. Las “partes coadyuvantes” en el régimen de la ley 25.156 y en el sistema de la ley 27.442

La ley 25.156 establecía en el art. 42 que “el tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se sus-tancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados”.

(3) CÁRREGA, Francisco J., *Compatibilidad del Régimen Concursal con el Derecho de Defensa de la Competencia*, LL 28/4/2004.

(4) GARCÍA, Américo, “Acerca de la nueva ley de defensa de la competencia”, en *Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.156*, LL 2000-A.

En doctrina se había señalado, en una interpretación restrictiva, que “la decisión de dar intervención a partes coadyuvantes corresponde al tribunal, en beneficio del mejor curso del procedimiento; no es un derecho subjetivo de quienes pueden ser partes coadyuvantes conforme al citado art. 42”. A la vez, esa doctrina interpretó que “...las partes coadyuvantes, cuya participación en carácter de tales responde a una decisión del Tribunal, no tienen en forma irrestricta las facultades que en materia de pruebas y recursos establecen los arts. 26, 29 y 31 del DR, sino que gozan de ellas solamente en la medida en que sean otorgadas por el Tribunal al dar intervención a la parte coadyuvante o durante el curso del procedimiento” (5).

Con una interpretación más amplia del texto legal, se había considerado respecto de esa norma legal que “la ley 25.156 propone un procedimiento abierto, amplio y en el cual la mayor cantidad de personas puedan ser consideradas parte en el expediente”. En tal inteligencia, esa posición doctrinaria señaló que “la intervención de las partes coadyuvantes no es obligatoria para el TNDC quien está facultado para permitirles intervenir... (pero) la resolución que rechaza la participación debe ser motivada y objeto de revisión en sede judicial” (6).

Por su parte, el art. 51 de la ley 27.442 dispone que “el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las autoridades públicas, provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados”.

La norma replica el art. 42 de la ley 25.156.

Pero el dec. nacional 480/2018 introdujo respecto del art. 51 la siguiente reglamentación: “Las partes coadyuvantes podrán declinar su

participación. No se admitirá la participación de una parte coadyuvante en los procedimientos de notificación de una operación de concentración económica ni de solicitudes de opiniones consultivas”.

La aplicación de esa norma reglamentaria restringiría la posibilidad legal de aceptar una “parte coadyuvante”, limitándola únicamente al procedimiento iniciado a partir de la actuación oficiosa del Tribunal de Defensa de la Competencia, o a instancias de un denunciante, ante posibles prácticas restrictivas de la competencia (arts. 28, 34 y ss. de la ley 27.442).

IV. La interpretación armónica del art. 51 de la ley 27.442 en el sistema de la ley y de acuerdo con sus finalidades

En nuestro parecer, la posibilidad de que intervenga una “parte coadyuvante” en los procedimientos previstos por la ley 27.442 debe ser interpretada con la mayor amplitud posible. Y, en caso de duda, debe permitirse su participación.

Es que constituye un deber legal de la autoridad de aplicación, y concierne al desempeño de sus obligaciones funcionales, aceptar la totalidad de los elementos que pudieran resultar pertinentes y conducentes para el análisis de los hechos que se encuentren bajo su órbita, y proveerlos dentro de los plazos legales aplicables.

Pues, en definitiva, se trata de evitar la afectación del interés económico general, con el alcance ya expuesto.

Las “partes coadyuvantes” pueden añadir argumentos e información relevantes; pueden aportar documentos trascendentes; pueden proponer medidas esenciales que estén siendo soslayadas; pueden instar un procedimiento cuya dilación podría tornar abstracta la intervención del Tribunal; incluso pueden proponer o solicitar o pedir que se dejen sin efecto medidas cautelares en los términos del art. 44 de la ley 27.442; y pueden deducir recursos de apelación cuando demuestren que existe un agravio irreparable en los términos del Cód. Proc. Penal.

Ninguna norma legal conduce a la conclusión contraria. Ninguna norma legal restringe esa posibilidad. No hay razones jurídicas que

(5) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 362.

(6) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 214.

puedan justificar un apartamiento o rechazo de la intervención de las “partes coadyuvantes”, en un proceso de orden público orientado a preservar el interés económico general, salvo que se concluya con claridad e indubitadamente que la pretensa “parte coadyuvante” no tiene ni tendrá nada útil para aportar al procedimiento.

Entonces, no pueden haber dudas al respecto cuando se trata de un afectado por los hechos investigados; es que un afectado directo podría ser denunciante, y *quien puede lo más puede lo menos*. Sería un contrasentido lógico y jurídico, como principio general, que quien sea un afectado por los hechos investigados pueda formular una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pero no pueda intervenir como “parte coadyuvante” en el procedimiento, alegando y probando cuanto sea conducente en el proceso.

También podría ocurrir que una persona resulte afectada por una denuncia infundada, falsa, o que persiga una finalidad extrajurídica, a la que se le dé curso bajo las pautas de la ley 27.442. Por la aplicación de principios constitucionales básicos, para preservar el debido proceso, esa persona tendría derecho a ser oída en el procedimiento, si demuestra la afectación actual o potencial generada por dicha denuncia; que también tendría derecho a proponer las medidas que resulten conducentes y contribuyan a la consecución de la verdad jurídica objetiva.

Las asociaciones de consumidores y las asociaciones empresarias tienen una legitimación amplia otorgada por la propia Constitución Nacional, y validada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos antecedentes. En tanto estatutariamente esté previsto para ellas la protección de bienes jurídicos subsumibles en el *interés económico general* que se debe proteger en el caso, tampoco en este caso habría razones para restringir su intervención en el procedimiento como “parte coadyuvante”. Por el contrario, esa participación podría resultar muy beneficiosa y esencial o cuanto menos conveniente para ahondar la investigación y agilizarla.

En cuanto a las provincias, asimismo, caben en nuestro parecer las mismas conclusiones.

No puede dudarse que cualquier provincia no solo tiene que tener un interés sino también el deber de contribuir al funcionamiento regular, transparente y eficiente del mercado del que se trate.

Finalmente, en relación con cualquier persona que alegue un interés legítimo en los hechos investigados, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá examinar los elementos que puedan acreditar, siquiera preliminarmente, la existencia de ese interés. Pero en caso de duda se debería admitir su participación.

Se comparte la doctrina ya transcripta en el sentido de que una denegación a la intervención debe ser fundada jurídica y fácticamente, y sería impugnabile judicialmente en caso de que resulte desacertada o arbitraria.

En cuanto a los plazos, la ley 27.442 expresamente prevé la aplicación en lo pertinente del Cód. Proc. Penal. De modo que los planteos que realicen las “partes coadyuvantes”, como aquellos que realicen las partes del proceso y no tengan plazos precisos previstos en la ley 27.442, deben ser atendidos dentro de los plazos previstos por ese Código (arts. 125 y concs.).

V. Las “partes coadyuvantes” en el procedimiento de control de concentraciones económicas

Cabe finalmente focalizar en el art. 51 del decreto reglamentario.

Esa norma vino a coincidir con cierta doctrina (7).

En primer lugar, cabe señalar que el decreto reglamentario, en la cuestión, no reglamentó la ley sino que amputó la posibilidad de ejercer un derecho concedido a las partes mencionadas en el art. 51 de la ley 27.442 en uno de los procedimientos previstos en esa ley. En tal sentido, el decreto ha venido a modificar la ley sancionada por el Congreso Nacional. Por lo tanto, en nuestra visión, y a ese respecto, es inconstitucional.

(7) MEDINA, Graciela, “Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado”, LL 2006-A-1120.

En cuanto a la razonabilidad y utilidad de la disposición, no se comparte el criterio adoptado por el decreto reglamentario.

Con una perspectiva finalista, los procedimientos previstos en la ley 27.442 persiguen el mismo objetivo: la preservación de la competencia, previniendo la afectación del interés económico general.

Ello ocurre tanto en cuanto al control de concentraciones, bajo la perspectiva —claro está— del derecho de defensa de la competencia, cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia.

No se escapa que el art. 51 está incorporado en la sección que regula el procedimiento previsto para la indagación sobre potenciales prácticas restrictivas de la competencia. Pero ello no impide la aplicación conceptual de esa norma, habilitando la intervención de una “parte coadyuvante” que contribuya al mejor análisis del tribunal, en el procedimiento de control de concentraciones económicas. Ninguna norma ni principio legal conduce a esa conclusión; al contrario, la participación puede resultar altamente conveniente para una más eficaz intervención del Tribunal.

Tampoco se desconoce que —como principio— en el procedimiento de control de concentraciones económicas no se ha contemplado el debate de intereses o derechos contradictorios. Más ello no obsta a la conclusión precedente. Pues la autoridad de aplicación debe examinar la operación a los efectos de determinar si existe o puede existir una afectación de la competencia con impacto negativo en el interés económico general. Y una “parte coad-

yuvante” podría acercar pruebas, documentos, argumentos u otros elementos que no hubieran sido puestos en consideración del tribunal y que contribuyan o abonen su análisis; pues, en definitiva, es clave la labor preventiva del Tribunal en la materia.

Se agrega que ello se compadece con la naturaleza y finalidad de las disposiciones del Cód. Civ. y Com., que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia debe contemplar y aplicar, en cuanto a la prevención de los daños que se puedan evitar (arts. 1710 y concs.). De manera que si una “parte coadyuvante” presenta documentos, pruebas, argumentos u otros elementos que permitan concluir o sospechar que una concentración económica ha sido impulsada y/o diseñada con el efecto de violar la ley, no habría entonces razón alguna para no oír a esa “parte coadyuvante”.

Lo expuesto no empece, en nuestra opinión, a que en este caso la participación sea interpretada de modo restrictivo, para evitar que se entorpezcan procesos de concentración que no presentan objeción alguna desde el punto de vista legal.

VI. Conclusión

En los procedimientos previstos por la ley 27.442, y de acuerdo con sus finalidades, las “partes coadyuvantes” pueden resultar piezas muy relevantes para el trabajo eficaz y ágil del Tribunal de Defensa de la Competencia; por lo que cabe celebrar que se haya mantenido en dicha ley el criterio que había sentado la ley 25.156, y cabe propiciar una interpretación amplia en cuanto a su participación en el procedimiento.

RÉGIMEN SANCIONATORIO

.....

Régimen sancionatorio de conductas anticompetitivas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: evolución normativa y análisis comparado

ALEXIS G. PIRCHIO (*)

I. Introducción

El presente trabajo, surge como respuesta a la necesidad de comprender con mayor claridad el marco de sanciones por conductas anticompetitivas en Argentina luego de la reciente puesta en vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia, ley 27.442.

En este contexto, resulta importante repasar cómo ha evolucionado la legislación de defensa de la competencia en materia de sanciones por infracciones en conductas anticompetitivas, para comprender los esfuerzos que se han realizado para mejorar este sistema sancionatorio de la Argentina.

Dentro de los cambios previstos en la ley 27.442, se ha optado por la actualización de los montos de las multas que por efecto de la inflación se habían degradado de modo tal que no constituían verdaderos incentivos para evitar que se afectara el proceso de competencia en los mercados. Si bien es cierto que el au-

mento del cuántum de las sanciones no tiene verdadero efecto disuasivo si el grado de probabilidad de aplicación de la sanción es bajo, creemos loable la incorporación de otros incentivos fijados para proteger el interés económico general. Adicionalmente, se han previsto cambios importantes en los topes que pueden tener las multas como porcentaje del volumen de negocios de los infractores, llegando hasta el 30% de dicho volumen. La sanción finalmente impuesta dependerá también del beneficio económico reportado por el acto ilícito, ya que finalmente se impondrá el monto que surja mayor.

Por otra parte, la nueva autoridad de aplicación, además de las sanciones pecuniarias que imponga, podrá incluir la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado de los responsables.

En los acápite siguientes veremos cómo la legislación argentina ha previsto diversos mecanismos para alcanzar dicho objetivo. En la Sección II del presente trabajo, efectuaremos un análisis integral del nuevo esquema sancionatorio de la ley 27.442 y las implicancias económicas que acarrea.

Respecto a las sanciones por conductas anticompetitivas, la ley 27.442 vuelve a poner a la Argentina al nivel de las mejores prácticas internacionales en la materia. En la Sección III haremos un análisis comparado con los princi-

(*) Director Nacional de Conductas Anticompetitivas en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), Profesor Adjunto en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Quiero agradecer a Nicolás Fernández y a Eugenia Navarro Cafferata por el excelente trabajo de investigación realizado. Retengo entera responsabilidad por los posibles errores y las opiniones expresadas en el trabajo no representan las opiniones de ninguna de las instituciones ni personas mencionadas.

pales países de la región y a nivel mundial. Finalmente, en la Sección IV haremos unas consideraciones finales.

II. Evolución del régimen sancionatorio en la Ley de Defensa de la Competencia

II.1. La ley 25.156

La ley 25.156, sancionada el 25 de agosto de 1999, mantuvo una estructura similar a la su antecesora en cuanto a que el tipo básico de ambas normas era prácticamente idéntico. En efecto, con sutiles cambios de redacción, el art. 1º de la ley preveía lo siguiente: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (...)”.

Dentro de este artículo, en tanto se dieran sus supuestos, quedaba comprendida la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas. Este agregado no podía entenderse más que como uno de los supuestos de prácticas restrictivas de la competencia, no taxativos, que se enumeraban en el art. 2º.

En la anterior normativa de defensa de la competencia, la ley 22.262, la aplicación de las normas de defensa de la competencia referida a la imposición de sanciones se encontraba dividida en varias autoridades: la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el secretario de Comercio o quien lo reemplazare, y la justicia penal competente. Bajo la ley 25.156, la autoridad competente que se preveía que actuara era el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, en tanto que los órganos judiciales solo intervenían en la etapa de recursos o en relación con las acciones por daños y perjuicios.

En el esquema sancionatorio de la ley 25.156 eliminó las penas de prisión y previó que las

personas físicas o de existencia ideal que no cumplieran con sus disposiciones, eran pasibles de las siguientes sanciones (art. 46):

a. El cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II y, en su caso la remoción de sus efectos;

b. Los que realizaban los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el art. 13 del Capítulo III eran sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), que se graduaba con base en:

i. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida;

ii. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida;

iii. El valor de los activos involucrados de las personas involucradas en la actividad prohibida, al momento en que se cometió la violación. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicaban.

c. Cuando se verificaban actos que constituyeren abuso de posición dominante o cuando se constataba que se había adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de la ley, el Tribunal podía imponer el cumplimiento de condiciones que apuntaran a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras fueran disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas;

d. Los que no cumplían con lo dispuesto en los arts. 8º, 35 y 36 eran pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumplía el compromiso o la orden de cese o abstención.

Las resoluciones que establecían sanciones del Tribunal, una vez notificadas a los interesados y firmes, se debían publicar en el Boletín Oficial y cuando aquel lo estimaba conveniente también en los diarios de mayor circulación del país a costa del sancionado (art. 44).

La ley 25.156 también previó que quien incurriera en una falsa denuncia era pasible de las sanciones previstas en el art. 46 inc. b), cuando el denunciante hubiese utilizado datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondieren (art. 45).

Por otra parte, el régimen sancionador de la ley, al igual que sus antecesoras, establecía que las personas de existencia ideal eran imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz (art. 47).

En el mismo sentido, para el caso de que las infracciones previstas hubiesen sido cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también era aplicable solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal, que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción (art. 48). En tal caso, la norma fijaba la posibilidad de imponer una sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas anteriormente.

El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en la imposición de multas debía considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica (art. 49).

La ley 25.156 mantuvo la sanción prevista en la ley 22.262 para aquellos que obstruían o dificultaban la investigación o no cumplían con los requerimientos del Tribunal, fijando multas de hasta quinientos pesos (\$ 500) diarios. Al respecto, cuando a juicio del Tribunal se había cometido la infracción mencionada, se daba traslado de la imputación al presunto responsa-

ble, para que efectuase los descargos y ofreciera pruebas en el plazo de cinco días (art. 50).

Las resoluciones que aplicaban sanciones eran susceptibles de recurso directo, el que debía interponerse y fundarse ante la autoridad de aplicación, dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución, para luego ser elevado, junto con su contestación, a la Cámara correspondiente en un plazo de diez días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido.

Se preveía asimismo que, en todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que impusiera sanción de multa, se debía depositar el monto de la multa impuesta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito era desestimado, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente (art. 53).

II.2. La ley 27.442. Análisis integral del Capítulo VII

La ley 27.442 (LDC), como se verá a continuación, incursiona en nuevos incentivos para resguardar el interés económico general de las prácticas anticompetitivas que pudieran afectar el normal funcionamiento de los mercados.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia fija nuevos parámetros para el cálculo de las multas, determinando una mayor severidad para sancionar infracciones que su predecesora. Por otra parte, también actualiza los montos de las multas atando ciertos parámetros al Índice de Precios de Consumidor (IPC) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), lo que evita que, en una economía con un contexto macroeconómico inflacionario, los topes de multas fijados en pesos nominales sean irrisorios luego de algunos años. También establece sanciones complementarias nunca antes previstas en este campo, más precisamente, la imposibilidad de aquellos infractores de formar parte de los registros de proveedores del estado.

Otro hito fundamental en el que incursiona esta legislación, y que está también vinculado con el régimen sancionatorio, tiene que ver con

el hecho de que se prevé la reducción o exención de las multas a través de un programa de clemencia que, amparándose en la colaboración activa de los partícipes de un acuerdo colusivo, tiene como objeto fundamental recabar prueba determinante que ayude a procesar los casos de cárteles de núcleo duro utilizando mejores prácticas internacionales en la materia.

II.2.1. El art. 55 de la ley 27.442

El art. 55 establece las sanciones aplicables a las personas humanas o de jurídicas que no cumplan con las disposiciones de la ley 27.442. Las sanciones van a ser impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de acuerdo con lo previsto en el art. 28, inc. a), de dicha norma, una vez cumplido el procedimiento previsto en el Capítulo VI de la LDC.

Las sanciones previstas en el art. 55 de la LDC se detallan a continuación.

II.2.1.1. El cese de los actos o conductas (art. 55, inc. a), LDC)

El inc. a) del art. 55 prevé como sanción “el cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II y, en su caso, la remoción de sus efectos”. Esta previsión es idéntica a la que contenía el art. 46, inc. a) de la ley 25.156. En ese sentido, como sostuvo Cabanellas en oportunidad de comentar aquel artículo, estrictamente hablando, este supuesto no se trata de una medida sancionatoria, sino más bien de la explicitación de la prohibición que en forma general surge del art. 1º de la LDC.

Por la amplitud de los términos utilizados, la orden de cese puede dirigirse tanto respecto de actos o conductas ya realizados, en cuyo caso se está ante un cese propiamente dicho, como respecto de posibles conductas futuras, en cuyo caso corresponde hablar de órdenes de abstención (1). Al respecto, entendemos que este inciso se refiere a las órdenes de cese que se pueden implementar como medida complementaria a las sanciones que el TDC puede aplicar en la resolución final condenatoria, di-

ferenciándose así de las órdenes previstas en el art. 44 de la LDC.

En principio, entendemos que no se prevén las conductas mencionadas en el Capítulo III. Para esto, puede resultar aplicable una medida preventiva, acorde con la segunda parte del art. 44 de la ley 27.442.

Por otro lado, se cuestionaba que la ley 25.156 no preveía una sanción específica para los incumplimientos de las órdenes de cese que se dictaban en la resolución final y que, por ende, para dar efectividad a tal prohibición se debía abrir un nuevo procedimiento, en el cual se debían dictar nuevas órdenes de cese o abstención bajo el art. 35 de la ley 25.156, actual 44 de la ley 27.442, de manera tal de que luego se posibilitara la aplicación de las multas del art. 46, inc. d)(2). Actualmente, la ley 27.442 supera aquella deficiencia en el art. 55, inc. d), que prevé la posibilidad de hacer efectiva una sanción por el incumplimiento de las órdenes de cese del art. 55, inc. a), sin necesidad de recurrir a un proceso tan contrario a la economía y efectividad procesal como el señalado anteriormente.

II.2.1.2. Las multas (art. 55 inc. b), LDC)

El art. 55, inc. b), de la ley 27.442 prevé que los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el art. 8º del Capítulo III serán sancionados con una multa de:

i. Hasta el treinta por ciento (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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (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

ii. Hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.

En caso de poder calcularse la multa según los dos criterios establecidos en los puntos (i) y

(1) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y defensa de la competencia*, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 376.

(2) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico...*, cit., p. 377.

(ii), se prevé que se aplique la multa de mayor valor. En tanto que, en caso de no poder determinarse la multa según los criterios antes establecidos, la multa podría ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones (200.000.000) de unidades móviles, lo que durante el año 2018 implica un monto máximo de \$4.000 millones de pesos (3). A los fines del punto (i) la fracción mayor a seis (6) meses de duración de la conducta se considerará como un (1) año completo a los efectos del multiplicador de la multa.

A partir de esta incorporación, la legislación argentina adopta como base para la determinación de las multas el mismo criterio que la Unión Europea, en cuanto a que remite al valor de las ventas de bienes o servicios a que se refiere la infracción.

La combinación del valor de las ventas en relación con la duración de la infracción y las ventas totales en el último período, refleja, tanto la importancia económica de la infracción, como así también no poner en peligro la viabilidad económica de las empresas involucradas. Se entiende que la intención al restringir la utilización del cálculo sobre una u otra variable es someter al infractor al pago por el daño ocasionado al régimen de competencia en el mercado, pero sujeto a que dicha sanción no supere el 30% del volumen de negocios registrado a nivel nacional durante el último ejercicio económico, esto con el fin de no poner en riesgo la viabilidad económica del infractor.

Adicionalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá incluir la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables por hasta cinco (5) años. En los casos previstos en el art. 2º, inc. d) de la presente ley, la exclusión puede ser de hasta ocho años.

(3) Las unidades móviles se definen en la ley como una unidad de cuenta cuyo valor inicial se ha establecido en veinte pesos, monto que ha de ser actualizado el último día hábil de cada año utilizando la variación de precios al consumidor final (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro (art. 85). Esta unidad de medida se adoptó para la actualización de las multas que en la legislación precedentes tenían montos fijos cuyos valores habían quedado totalmente desactualizados en razón del proceso inflacionario de los últimos años

II.2.2. Importe base de la multa

II.2.2.1. Determinación del valor de las ventas

Al efecto de la determinación del valor de las ventas brutas (importe base de las multas), la autoridad de competencia argentina podrá utilizar el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio nacional. Esta metodología, sigue las directrices para el cálculo de multas de la Unión Europea (4).

De acuerdo con el art. 55 del dec. PEN 480/2018, a fin de determinar el volumen de negocio consolidado, se atenderá a lo prescripto en el art. 9º de la ley 27.442. Conforme con ello, se debe entender por volumen de negocios total, los importes resultantes de la venta de productos, de la prestación de servicios realizados, y los subsidios directos percibidos por las empresas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.

En ese sentido, con el fin de determinar el valor de las ventas de una empresa, la autoridad debería utilizar los mejores datos disponibles de esta empresa y cuando los datos facilitados por una empresa sean incompletos o poco fidedignos, la autoridad podría determinar el valor de las ventas de esta empresa sobre la base de datos parciales que haya obtenido y/o de cualquier otra información que considere pertinente o adecuada.

Por otra parte, cuando la infracción de una asociación de empresas se refiera a las actividades de sus miembros, el valor de las ventas debería corresponder, en general, a la suma del valor de las ventas de sus miembros.

Cuando la dimensión geográfica de una infracción sobrepase el territorio nacional, habrá de tenerse en cuenta que las ventas de la em-

(4) Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apart. 2, letra a), del Reglamento (CE) nro. 1/2003 (2006/C210/02).

presa dentro de la Argentina pueden no reflejar debidamente el peso de cada empresa en la infracción. Esto es lo que puede ocurrir en el caso de acuerdos mundiales de reparto de mercados.

En tales circunstancias, para reflejar al mismo tiempo el volumen agregado de las ventas correspondientes en la Argentina y el peso relativo de cada empresa en la infracción, la autoridad de aplicación podría calcular el valor total de las ventas de bienes o servicios en relación con la infracción en el sector geográfico (más extenso que el territorio nacional) en cuestión, determinar la parte de las ventas de cada empresa que participa en la infracción en este mercado y aplicar esta parte a las ventas agregadas de dichas empresas dentro del territorio nacional. El resultado se debería utilizar como valor de las ventas a efectos de la determinación del importe base de la multa.

II.2.2.2. Determinación del importe base de la multa

El importe base de la multa se vincula con una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción. La valoración de la gravedad debe hacerse caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes.

Conforme lo establece el mismo art. 55, inc. b), de la ley 27.442, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta se fijará en un nivel que podrá alcanzar hasta el treinta por ciento (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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. En caso de que la empresa en cuestión no perteneciera a algún grupo económico, resulta aplicable solo la primera parte con el límite del 30% del volumen de negocios previsto.

Con el fin de decidir si la proporción del valor de las ventas considerada en un determinado caso debería situarse en la parte inferior o su-

perior de esta escala, la autoridad de aplicación tendrá en cuenta una serie de factores, como la gravedad de la infracción, la cuota de mercado del infractor, la dimensión geográfica del mercado afectado, los antecedentes del infractor y su capacidad económica, entre otros aspectos específicamente determinados en el art. 56 de la ley 27.442.

Conforme las directrices de la Unión Europea, ante los acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En el marco de la política de competencia, deben ser sancionados con severidad y, por tanto, la proporción de las ventas considerada para este tipo de infracciones debería situarse generalmente en el extremo superior de la escala (5).

Con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del valor de las ventas se debe multiplicar por el número de años de participación en la infracción. En esa línea, el art. 55, inc. b), prevé que los períodos de más de seis meses se contarán como un año completo.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, la legislación argentina no prevé un concepto adicional como tasa de entrada al cártel. La autoridad de competencia de España, por ejemplo, aplica un importe adicional independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, de forma tal que una vez que se fija el importe de la sanción en atención a la gravedad de la conducta restrictiva, se multiplica por el número de años de participación en la infracción y a este importe resultante se le suma en concepto de tasa de entrada al cártel, aunque también se puede fijar a conductas de abuso, un adicional comprendido entre el 15% y el 25% del valor de las ventas anuales (6).

(5) Este sería el caso, por ejemplo, de acuerdos horizontales por los que se fija el precio de un determinado producto, cuando ese precio es utilizado como base para la determinación del precio de otros productos de menor o mayor calidad.

(6) RÍOS VILLADA, Yesica A., "Las multas en el derecho de la competencia", Universidad de Valladolid, 2017, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/85002065.pdf>.

II.2.3. Graduación del importe base (art. 56, LDC)

En la determinación de la multa, la autoridad de competencia debería tener en cuenta circunstancias que conduzcan a un incremento o a una reducción del importe base, contemplándose las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren sobre aquel importe, teniendo en cuenta que entre las agravantes se atribuye una relevancia particular a la reincidencia, que puede alcanzar hasta un 100% el importe de la sanción, con el fin de disuadir a las empresas.

II.2.3.1. Circunstancias agravantes

Uno de los potenciales agravantes, de acuerdo con el art. 55, inc. b), *in fine*, de la ley 27.442, es la reincidencia en la infracción anticompetitiva. De acuerdo con dicho artículo, los montos de las multas se duplicarán para aquellos infractores que durante los últimos diez años hubieran sido condenados previamente por infracciones anticompetitivas.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, la ley 27.442 no prevé como agravante la negativa a cooperar u obstrucción en la investigación, ni la función de responsable o de instigador de la infracción. Sin embargo, para los casos de entorpecimiento u obstrucción de la investigación se contempla sanciones de multas, autónomas de la infracción principal, de hasta 500 unidades móviles diarias (art. 59).

II.2.3.2. Circunstancias atenuantes

El importe base de la multa podrá reducirse cuando la autoridad de competencia constate la existencia de las siguientes circunstancias atenuantes:

a) Cuando la persona física o jurídica en cuestión coopere efectivamente con el Tribunal de Defensa de la Competencia y/o con el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas en el conocimiento o en la investigación de la conducta (art. 56), fuera del ámbito de aplicación del programa de clemencia y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar;

b) Cuando en el marco del programa de clemencia se diera una exención, una reducción de entre el 20% y 50% de la multa, o bien, se estableciera un beneficio complementario de

1/3 de la multa, en virtud de que la persona humana o jurídica en cuestión hubiere aportado elementos de prueba respecto de la existencia de una conducta concertada anticompetitiva.

El programa de clemencia se plasma en el Capítulo VIII de la ley 27.442 y prevé que cualquier persona, humana o jurídica, que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el art. 2º de la ley, podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inc. b) del art. 55, según pudiere corresponder.

A los fines de poder acogerse al beneficio, la persona debe solicitar el acogimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el art. 41 de la ley 27.442. El mismo Tribunal será quien establezca un sistema para determinar el orden de prioridad de las solicitudes para acogerse al beneficio, el que resultará aplicable si quien lo solicita cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos a continuación, conforme corresponda (art. 60).

Además, en el mismo art. 61 la ley 27.442 se establece que aquellas personas que se acojan al beneficio del programa de clemencia, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumplen con los términos establecidos, quedarán exentas de las sanciones previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas.

La última parte del art. 61 de la ley 27.442 resulta interesante porque implica un reconocimiento indirecto de que las penas de prisión, más allá de haber sido eliminadas de la legislación específica sobre defensa de la competencia con la ley 25.156, permanecían vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, en las previsiones del Cód. Penal.

Volviendo sobre el derecho comparado, la ley 27.442 no incorpora otros supuestos de atenuación de las sanciones como, por ejemplo, el hecho de que la persona aportare prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la autoridad de competencia,

supuesto no se aplicable a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los cárteles); o de prueba de que cuando la infracción se cometió por negligencia.

Tampoco se prevé atenuaciones para los casos en que se presente la prueba de que la participación de la persona en la infracción ha sido sustancialmente limitada y de que durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado. En este sentido, sin embargo, el mero hecho de que una empresa haya participado en una infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considera una circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de base.

Por otra parte, la actual legislación no considera atenuante la circunstancia de que el comportamiento anticompetitivo hubiera sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa.

En este punto podemos remitirnos al antecedente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del caso “Confederación de Asociaciones Rurales de Buenos Aires y La Pampa s/solicitud de intervención CNDC (C. 1161)”, en donde se recomendó el archivo de la causa con el fundamento de que las conductas denunciadas estaban amparadas por la política económica del Estado Nacional (7).

Finalmente, la legislación tampoco contempla las reducciones en aplicación de las normas sobre transacción. En la Unión Europea, en los casos de cártel la autoridad de competencia

(7) Dictamen de la CNDC nro. 557/07, cuya parte pertinente expresa: “la autoridad de competencia ni puede ni debe intervenir en políticas públicas determinadas por el estado nacional cuya valoración supone la defensa de un bien público definido como prioritario por las autoridades políticas constitucionalmente habilitadas (...) Expresándolo más claramente, no puede la autoridad de competencia pretender investigar hechos que han sido generados en el sector privado como efectos de una clara y evidente determinación del Estado Nacional (...) En ese sentido y respecto al sector privado es el Estado una única entidad y puede considerarse incoherente e incompatible, si se quiere, con la doctrina de los actos propios, que puedan punirse efectos queridos, claramente, por el propio Estado”.

ofrece también una reducción del 10% de la multa si llega a un acuerdo de transacción con la empresa. Los procedimientos de transacción reducen los costes administrativos de las decisiones, incluidos los costes procesales, y permiten tratar con mayor rapidez estos casos, liberando así recursos que pueden dedicarse a nuevas investigaciones (8).

II.2.3.3. *El fin disuasivo y el principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad impone una serie de limitaciones al diseño de una política de multas efectiva (9). “El problema aparece no tanto porque la fórmula empleada, basada en las ventas afectadas por la infracción, o su aplicación por la autoridad lleven a sanciones no proporcionales al daño causado o beneficio ilícito, sino porque al introducir en el método de cálculo un tope basado en otra escala o métrica, las ventas totales como manifestación de la capacidad de pago, los afectados reclaman, probablemente con razón, un resultado equitativo o proporcional también a esta métrica.

Así, cuando en un mismo caso en el que las empresas han cometido una infracción análoga, alguna de ellas tiene una capacidad de pago sustancialmente diferente, generalmente por tratarse de una empresa multiproducto, una multa proporcional al daño podría entenderse no proporcional o, en realidad no equitativa en relación con la capacidad de pago.

Puede pensarse en el caso de una gran empresa multiproducto y una pequeña empresa monoproducto que cometen una infracción con la misma intensidad. La multa que resulta del cálculo sobre las ventas afectadas supone un mayor esfuerzo relativo para las empresas pequeñas, que pueden ver cómo se aplica el límite del 30%, en comparación con las empresas grandes a quienes el mercado afectado puede suponer una fracción infinitesimal de su actividad.

(8) Comunicación sobre los procedimientos de transacción (Reglamento: DO L 171 de 1/7/2008, ps. 3-5, Comunicación: DO C 167 de 2/7/2008, ps. 1-6).

(9) PASCUAL, Carlos Pons, “Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia”, *Papeles de Economía Española, Regulación y Política de Defensa de la Competencia en España*, nro. 145, 2015.

Existe entonces un problema entre la determinación del daño causado o beneficio ilícito y la capacidad de pago de las distintas corporaciones. Por tanto, es importante diferenciar entre la utilización de las ventas afectadas para calcular el beneficio ilícito, por un lado, y la aplicación final de las sanciones sobre las ventas totales de las empresas, consiguiendo así una medida más equitativa sobre la base de la capacidad de pago de cada corporación (10).

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que el efecto disuasivo de la multa debe tener como límite la viabilidad económica de la empresa, aspecto que aparece contemplado en el art. 56 de la LDC. En efecto, a fin de graduar la multa la capacidad económica de la empresa es otro de los factores que la autoridad de competencia debe evaluar de la manera más objetiva posible.

La autoridad de competencia no debería conceder ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria, sino sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa pondría irremediabilmente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor.

Por esta razón, la previsión que anteriormente tenía el art. 53 de la ley 25.156 respecto a que solo podía eximirse al sancionado del pago previo de la multa, para poder acceder a sede judicial, solo encontraba justificativo en evitar la inconstitucionalidad del *solvet et repet*. Lo contrario implicaba un reconocimiento de que la autoridad podía establecer multas que no respetaran el parámetro de la viabilidad de la empresa. Esta cuestión fue superada en la ley 27.442.

II.2.4. El sistema de responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 57 y 58 LDC)

El art. 57 de la ley 27.442 prevé que Las personas jurídicas son imputables por las conductas realizadas por las personas humanas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona jurídica, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la

representación sea ineficaz. La reglamentación del art. 57 determina que la graduación de la multa será evaluada teniendo en cuenta el nivel de participación de las personas humanas, por acción u omisión, en la comisión de actos prohibidos en los Capítulos I y II de la ley 27.442.

Por otra parte, el art. 58 establece que cuando las infracciones previstas en la ley fueren cometidas por una persona jurídica, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona jurídica y a las personas antes enumeradas. La solidaridad de la responsabilidad podrá alcanzar a las personas controlantes cuando por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

La reglamentación del art. 58 prevé que a los efectos de aplicar las sanciones previstas en el art. 55 de la ley 27.442 a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de las personas de existencia ideal que resultaren sancionadas, la autoridad de competencia instruya un sumario dando a cada una de las personas enumeradas precedentemente que fueran pasibles de sanción, un plazo de diez días para realizar su descargo y, si lo consideraran pertinente, para aportar u ofrecer las pruebas que hicieren a la defensa de sus derechos, debiendo el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia expedirse dentro de los diez días siguientes.

II.2.5. Sanciones por falta de colaboración (art. 59 LDC)

De forma similar a lo que preveían las leyes 22.262 y 25.156, el art. 59 de la ley 27.442 sanciona a los que obstruyan o dificulten cualquier investigación o no cumplan los requerimientos

(10) ORTIZ, Leví Franco, "Evaluación sobre el cálculo de la sanción óptima para prácticas anticompetitivas", 2017.

del Tribunal de Defensa de la Competencia y/o del Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas y/o del Secretario de Concentraciones Económicas, en los plazos y formas requeridos. La sanción abarca tanto a los terceros ajenos a la investigación y a aquellos a quienes se atribuye los hechos investigados, quienes podrán ser sancionados con multas equivalentes a quinientas (500) unidades móviles diarias.

El incumplimiento de requerimientos realizados por cualquiera de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia y la obstrucción o generación de dificultades a la investigación incluye, entre otros:

a. No suministrar la información requerida o suministrar información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa;

b. No someterse a una inspección ordenada en uso de las facultades atribuidas por la presente ley;

c. No comparecer sin causa debida y previamente justificada a las audiencias y/o demás citaciones a las que fuera convocado mediante notificación fehaciente;

d. No presentar los libros o documentos solicitados o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, en el curso de la inspección.

III. Análisis comparado

En la presente sección vamos a realizar un análisis comparativo del nivel de las sanciones previstas en la ley 27.442, tanto en países de América Latina, como así también en algunos referentes en cuanto a normativa de competencia a nivel internacional.

Como ya se detalló en la sección anterior, en nuestro país el nivel del potencial valor de las multas, se prevé en el art. 55 en su inc. b)(11). Aquellos que realicen los actos prohibidos serán pasibles de una multa de hasta el 30% del volumen de negocio asociados a los productos o servicios involucrados (monto que no podrá exceder el 30% del volumen de negocios conso-

lidados a nivel nacional registrado por el grupo económico al que corresponda el infractor), durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto o hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito. En cuestiones de montos máximos, se optó por determinar un límite en las sanciones por conductas anticompetitivas, solamente en los casos en los que no se pueda estimar la multa utilizando alguno de los dos criterios establecidos en el art. 55 inc. b). En dicho caso, la suma máxima de las multas podrá ser hasta 200.000.000 de unidades móviles (12).

El nivel porcentual y la base de cálculo es muy disímil a lo largo de los países analizados. La flamante normativa Argentina parece seguir la línea del caso chileno. En Chile, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) prevé la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociados a la infracción durante el período por el cual esta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción (13). Estos niveles son exactamente los mismos a los implementados por la Argentina. En el caso de Chile, las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica ni por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial. También se prevén multas penales (14).

Lo mismo sucede en la Unión Europea a nivel comunitario (15), aunque en dicha región se deja plasmado de forma más explícita como

(12) Equivalente a \$ 4.000.000.000 (USD 145.331.410,11). Calculado en base al valor de la Unidad Móvil: \$20. Disponible: <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia>. Tipo de cambio \$/USD= 27,5233 al día 8/8/2018, Banco Central. Disponible en: <http://www.bcra.gov.ar/>.

(13) Dec.-ley 211. Art. 26, inc. b). Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.

(14) Dec.-ley 211. Art. 62, inc. b). Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.

(15) EUROPEAN COMMISSION, "Fines for breaking EU Competition Law", 2011, art. 23, inc. 2º, disponible

(11) Ley 27.442. Art. 55. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm>.

van a ir variando dichos porcentajes dependiendo de agravantes o atenuantes o dependiendo también del tipo de conducta (unilateral o concertada) y dependiendo también del tipo de corporación que la haya realizado. El punto inicial del nivel de las multas es hasta un 30% de las ventas anuales relevantes de las compañías del producto en cuestión durante el último año, multiplicada por la cantidad de años de la infracción. Si se trata de una cartelización puede sumársele un 15-25% más. Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10% del importe global del volumen de negocios total de cada uno de ellos que operen en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación. La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10% de su volumen de negocios total realizado en el ejercicio social anterior (16).

En el Reino Unido (17), la Agencia de Competencia y Mercados (CMA, por sus siglas en inglés) podrá aplicar una multa hasta el 10% del volumen de negocio anual de la empresa en su último año. Cuando la infracción sea llevada adelante por una asociación de empresas, la penalidad no podrá exceder el 10% de la suma del nivel de negocios mundial de cada miembro de la asociación activo en el mercado afectado por la infracción. La CMA podrá aplicar un punto de partida de hasta el 30% del volumen de negocios relevante de la empresa. Para los directores de la compañía se les puede prohibir llevar adelante una empresa por hasta quince años. Para aquellos que estén relacionados con violaciones graves, como los cárteles, pueden enfrentar multas penales y prisión hasta cinco años.

Otros países de la región han optado por niveles porcentuales para las multas más ba-

jos, como es el caso de México y Perú. En México (18), la COFECE prevé una multa hasta por el equivalente al 8% de los ingresos del Agente Económico por incurrir en una práctica monopólica relativa (abuso de posición dominante) y hasta un 10% por prácticas monopólicas absolutas. En Perú (19), el INDECOPI prevé la sanción de las conductas anti-competitivas sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y las gradúa según su gravedad. Para infracciones calificadas como leves se prevén multas de hasta 500 UIT (20), siempre que no supere el 8% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico. Para las infracciones graves la multa prevista será hasta 1000 UIT (21), siempre que no supere el 10%; para las calificadas como muy graves (cárteles) esta multa superior a 1000 UIT, la cual no podrá superar el 12% de las ventas o ingresos brutos. En todos los casos las ventas o ingresos brutos se refieren a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior de la expedición de la resolución de la Comisión, ya sean ventas o ingresos brutos. Cuando los infractores sean colegios profesionales, gremios o asociaciones, la Comisión y el Tribunal pueden imponer multas hasta por 1000 UIT. También, es posible, para cada uno de los representantes legales o personas que integran órganos de dirección o administración imponer una multa de hasta 100 UIT (22).

en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf.

(16) Reglamento del Consejo (ce) nro. 1/2003, art. 23, apart. 2, disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181660.

(17) CMA, "CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty", 2018, incs.: 1.11/ 2.24/2.27, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf.

(18) Art. 127, inc. iv) e inc. v). Ley Federal de Competencia Económica. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf.

(19) Art. 43, decreto legislativo 1034. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01034.pdf>.

(20) Equivalentes a \$ 2.075.000,00 (USD 634.556.57). Calculado en base al valor de la UIT: \$4150 (USD 1.269.11). Disponible en: https://www.munichiclayo.gob.pe/Documentos/01bab2_VALOR%20DE%20LA%20UIT%202018.PDF.

(21) Equivalentes a \$ 4.150.000,00 (USD 1.269.113.14). Calculado en base al valor de la UIT: \$4150 (USD 1.269.11). Disponible en: https://www.munichiclayo.gob.pe/Documentos/01bab2_VALOR%20DE%20LA%20UIT%202018.PDF. Tipo de cambio calculado para 08 agosto 2018. S/USD=3.27. Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/>.

(22) Decreto legislativo 1034. Art. 43, inc. 3°.

Estos niveles más bajos también son bastante comunes en gran parte de los países analizados. Por una parte, varios países europeos aplican a nivel nacional, a diferencia de lo que sucede en dicha región a nivel comunitario, niveles porcentuales de multas más bajos. En Francia (23), la autoridad de competencia (Autorité de la Concurrence) puede imponer a una empresa el monto máximo de 10% del volumen de negocios mundial más alto, excluidos los impuestos de los ejercicios cerrados desde el año financiero anterior. Si las cuentas de la empresa se han consolidado, el volumen del negocio tomado en cuenta será el que figura en las cuentas consolidadas. Si los infractores no son una empresa, el monto máximo de la sanción es de 3 millones de euros.

En España (24), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia diferencia las multas por la gravedad de la infracción: multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Las infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, las infracciones leves son sancionadas con multa de 100.000 a 500.000 euros, las graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros y las muy graves con multa de más de 10 millones de euros. Cuando el infractor sea una persona jurídica, la multa podrá ser de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 por ciento de su volumen de

negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior.

Algo similar ocurre en otros países como Italia, Alemania, Corea, Japón y Australia. En Italia, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato puede imponer multas de hasta el 10% del volumen de negocio de cada empresa o entidad durante el año fiscal anterior (25).

En Alemania, 10% del volumen de negocio doméstico de las ventas de productos y servicios relacionados con la infracción. Corea aplica el 3% del volumen de negocios de las ventas y servicios relacionados con la infracción por abuso de posición dominante y 10% del volumen de negocios de ventas para bienes y servicios en casos de cartelización. Niveles similares aplica Japón, con multas de hasta el 10% de las ventas o compras de bienes y servicios relativos a la infracción por cárteles y 6% en casos de monopolización (26).

En Australia (27), la Autoridad de Competencia de Australia ACCC pena para las corporaciones con una multa que no excede AUD\$ 10,000,000 para casos de cárteles; Si la corte puede determinar el beneficio aplicará tres veces su valor, y si no lo puede hacer aplicará el 10% del volumen de la facturación anual de la corporación durante el período de 12 meses al final del mes en el que la corporación cometió, o comenzó a cometer, la ofensa. Para los individuos, puede imponer términos de prisión hasta 10 años o una multa que no exceda las 2000 unidades penales (28) (o ambas sanciones).

Luego, Brasil se diferencia por poner un tope en el nivel de las multas que es más alto que los mencionados anteriormente. El CADE, para casos de violación al orden económico, prevé

(25) Ley 287/ 1990. Sección 15, inc. 1º, disponible en: <http://www.agcm.it/en/comp/1727-law-no-287-of-october-10th-1990.html>.

(26) OECD, "Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia", 2018, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/Australia-Pecuniary-Penalties-OECD-Report-2018.pdf>.

(27) Competition and Consumer Act 2010. Art. 45AG. Sección V. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/au/au392en-part1.pdf>.

(28) La unidad Penal definida fue en 2016 equivalente a AUS 180 Australianos.

(23) Código de Comercio Francés. Art. L. 464-2. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr199es.pdf>

(24) Ley 15/2007. Art. 63, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf>.

multas de 0.1% a 20% de las ventas brutas de la compañía, grupo o conglomerado en el último año fiscal antes del establecimiento del proceso administrativo en el campo de la actividad comercial en la que ocurrió la violación, que nunca debe ser inferior a la ventaja obtenida, cuando se pueda calcular (29). Para el caso de los individuos, entidades legales privada o públicas, asociación de personas *de facto* o *de jure* que no tengan actividad empresarial, donde no sea posible usar el criterio de ventas brutas, la suma será entre R\$50.000-R\$2.000.000.000.

El caso colombiano es llamativo ya que se diferencia de todos los analizados hasta el momento. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) prevé (30) para la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia la imposición por cada violación y a cada infractor, multas hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes (31) o, si resulta ser mayor, hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte

del infractor. Para las personas naturales (32) que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleen conductas violatorias a la competencia, multas por el equivalente de 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En USA, la Ley Sherman impone sanciones corporativas de hasta USD 100 millones y hasta USD 1 millón para individuos, junto con hasta 10 años de prisión. Este máximo legal no es absoluto. Este monto es simplemente el máximo proporcionado por dicha ley. Sin embargo, la autoridad puede optar por imponer multas alternativas basadas en la ganancia derivadas de la infracción o la pérdida causada, excediendo el límite de los previstos por la Ley Sherman (33). La multa se basa en la ganancia o pérdida, que es solo una fracción del volumen de negocios. En el caso de una empresa infractora, el 20% del volumen de negocios se puede usar como multa base, antes de que se le apliquen factores agravantes y atenuantes (34).

Tabla 1. Comparativo de niveles aplicables de multas en países seleccionados

País	Multas	Máximo	Equivalente en Dólares Estadounidenses
Argentina	Hasta 30% del volumen de negocio asociados a los productos o servicios involucrados o el doble del beneficio por el ilícito.	30% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional durante el último período o 200.000.000 de UM si no se puede estimar la multa.	USD 136.986.301 (*)

(*) Tipo de cambio \$/USD=29,20 al día 13/8/2018, Banco Central. Disponible en: <http://www.bcra.gov.ar/>.

(29) Ley 12.529/2011. Art. 37, inc. I). Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

(30) Dec. 2153/1992. Art. 4º, inc. 15. Disponible: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=38168>.

(31) Equivalente a \$ 78.124.200,00 pesos colombianos (USD 26,856.95) . Calculado en base a Salarios Mínimo mensual vigente: \$781.242,00 (USD 268.56). Disponible en: <http://www.salariominimocolombia.net/>.

El tipo de cambio es el del día 9 de agosto de 2018, peso colombiano 2908,90 por dólar estadounidense. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/trm>.

(32) Dec. 2153/1992, art. 4º, inc. 15.

(33) Antitrust Division US Department of Justice (2005), "An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel", disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/761666/download>.

(34) El 20% se aplica en base de que se estima que la ganancia promedio de la fijación de precios es del 10% del precio de venta, por lo que el 20% usa en lugar de la pérdida pecuniaria real.

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

País	Multas	Máximo	Equivalente en Dólares Estadounidenses
Brasil	Hasta 0.1% a 20% de las ventas brutas de la compañía.		
México	Hasta el 8% de los ingresos práctica monopólica relativa/10% prácticas absolutas.		
Perú	Leve: 500 UIT	Hasta 8% Ingreso bruto percibido.	USD 634.556 (*)
	Grave: 1000 UIT	Hasta 10% Ingreso bruto percibido.	USD 1.269.113 (**)
	Muy grave >1000 UIT	Hasta 12% ingresos brutos	> USD 1.269.113 (***)
Chile	Hasta 30% de las ventas del infractor a la línea de productos o servicios asociada durante el período o hasta el doble del beneficio económico reportado.	Hasta 70.000 unidades tributarias anuales si no pueden estimarse las ventas (****)	USD 61.305.177 (****)
Colombia	Hasta 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.	Hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor (si resulta ser mayor).	USD 26.856 (*****)
USA	Hasta USD 100 millones.	Doble de la pérdida víctima o ganancia infractor, si alguno de esos montos es superior a USD 100 millones.	USD 100.000.000
Unión Europea	Hasta 30% de las ventas anuales relevantes durante el último año, multiplicada por la cantidad de años de la infracción. Cartelización: +15-25% más.	10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.	

(*) Equivalente a \$ 2.075.000 soles. Tipo de cambio calculado para 8/8/2018. S/USD=3.27. Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/>.

(**) Equivalente a \$ 4.150.000 soles. Tipo de cambio calculado para 8/8/2018. S/USD=3.27. Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/>.

(***) Equivalente a \$ 4.150.000 soles. Tipo de cambio calculado para 8/8/2018. S/USD=3.27. Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/>.

(****) Equivalente a \$ 40.092.360.000 pesos chilenos. Calculado con el valor UTA de 572.748 para agosto de 2018.

(*****) Tipo de cambio 653,98 chilenos por USD. Tipo de cambio calculado para el 13/8/2018. Banco Central de Chile. Disponible en: <http://www.bcentral.cl/>.

(*****) El tipo de cambio es 2908,90 peso colombiano por USD. Tipo de cambio calculado para el día 9/8/2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/trm>.

País	Multas	Máximo	Equivalente en Dólares Estadounidenses
Inglaterra	Hasta 30% del volumen de negocios relevante.	Hasta 10% del volumen de negocios mundial de la empresa en su último año.	
Francia	Hasta 10% del volumen de negocios mundial más alto.		
España	Infracciones Leves hasta 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior.	En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios: 100.000 a 500.000 Euros.	Cuando no es posible estimar el volumen de negocios: USD 114.025 a USD 570.025 (*)
	Grave: hasta el 5%.	En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios: 500.001 a 10 millones de Euros.	Cuando no es posible estimar el volumen de negocios: USD 570.025 a USD 11.402.508 (**)
	Muy grave hasta el 10%.	En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios: > 10 millones de Euros.	Cuando no es posible estimar el volumen de negocios: > USD 11.402.508 (***)
Italia	Hasta 10 % del volumen de negocio de cada empresa o entidad durante el año fiscal anterior.		
Australia	Si la corte puede determinar el beneficio aplicará tres veces su valor, y si no lo puede hacer el 10% del volumen de la facturación anual.	Hasta AUD 10,000,000 si no puede determinar el beneficio.	Hasta USD 13.749.484 (****) si no se puede determinar el beneficio.

(*) Equivalente a 100.000 y 500.000 euros respectivamente. Tipo de cambio 0,877 EUR/USD. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.en.html.

(**) Equivalente a 100.000 y 500.000 euros respectivamente. Tipo de cambio 0,877 EUR/USD. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.en.html.

(***) Equivalente a 100.000 y 500.000 euros respectivamente. Tipo de cambio 0,877 EUR/USD. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.en.html.

(****) Equivalente a AUD 10.000.000. Tipo de cambio 0,7273 AUD/USD, al día 13/8/2018. Disponible en: <https://www.rba.gov.au/>.

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

País	Multas	Máximo	Equivalente en Dólares Estadounidenses
Alemania	10% del volumen de negocio doméstico de las ventas de productos y servicios relacionados con la infracción.		
Corea	Monopolización 3% y cartelización 10% del volumen de negocios de ventas para bienes y servicios.		
Japón	6% monopolización; 10% cárteles, de las ventas o compras de bienes y servicios relativo a la infracción.		

IV. Consideraciones finales

En el presente trabajo realizamos un análisis de los cambios en el régimen sancionatorio de conductas anticompetitivas que fueron introducidos a partir de la puesta en vigencia de la ley 27.442, como así también un análisis comparado de dicho régimen con respecto a mejores prácticas internacionales.

La ley 27.442 y el marco de defensa de la competencia que surge de ella, se muestra mucho más severo que el anterior a la hora de sancionar conductas anticompetitivas. Esto se ve claramente no solo a la hora de comparar con la normativa que regía anteriormente, sino también cuando se analiza el régimen vigente en un análisis comparado con mejores prácticas internacionales.

Consideramos que parte de los cambios en la normativa están relacionados con la imposición de sanciones que sean más severas con los infractores de la Ley de Defensa de la Competencia, pero por otra parte está relacionada con la actualización de los montos de las sanciones, que habían quedado desactualizados por el contexto inflacionario que vivió el país desde el año 2002, posterior a la puesta en vigencia de la normativa de defensa de la competencia anterior.

Respecto al primer punto, la mayor severidad se ve claramente en que la sanción a los infractores puede ser de 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 o hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito. De acuerdo con lo analizado en la Sección III, estos montos son de los más altos encontrados a nivel internacional.

Esta mayor severidad también se ve plasmada en otros artículos del Capítulo de sanciones. En caso de no cumplir con lo dispuesto en los arts. 9º, 44, 45 y 55 inc. a), los agentes económicos serán pasibles de una multa diaria con un tope muy significativo, de 750.000 unidades móviles (35) Adicionalmente en el art. 55 inc. e), se prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia puede suspender del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables de prácticas anticompetitivas. Esto implica que una empresa que provee bienes o servicios al sector público no solamente va a tener que pagar una multa severa por la comisión de prácticas anticompetitivas, sino que también puede perder la posibilidad de proveer bienes o

(35) Este importe representa en 2018 un valor de \$ 15 millones de pesos diarios.

servicios al sector público por un período significativo de tiempo.

Por otra parte, en caso de que no se pueda estimar el monto de la multa por ninguno de los criterios descriptos anteriormente, la multa podrá ser de hasta una suma de doscientos millones de unidades móviles, equivalentes en el año 2018 a \$4.000 millones de pesos. Aquí es en donde se plasma la actualización de los montos de las sanciones, solo para los casos en que no pueda estimarse por los anteriores criterios. De esta forma, los montos máximos de las multas cuando no pueden estimarse por los criterios anteriores van a ser actualizados año a año de-

pendiendo del valor de la unidad móvil, que de acuerdo al art. 85 de la ley 27.442 la unidad móvil se actualizará utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

Sin dudas la nueva ley 27.442 vuelve a poner a la Argentina en el plano mundial de defensa de la competencia y le da mejores herramientas a la autoridad de aplicación para aplicar políticas de competencia con mayor efectividad, logrando por una parte una mayor disuasión de infracciones al régimen de competencia y, por otra parte, sancionar de forma más severa cuando se comentan infracciones al régimen.

Sanciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia: algunas consideraciones económicas

EDUARDO STORDEUR (H) (*)

I. Introducción

En mayo del corriente año se sancionó la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC o nueva LDC, según el caso), terminando de esa manera con una singular paradoja del derecho de la competencia de Argentina: nuestro país fue uno de los primeros en sancionar una entonces moderna ley antimonopolio durante la década del 20 y, sin embargo, hasta la reciente sanción de la LDC, se encontraba rezagado en esta materia, en comparación con países de la región, como, por ejemplo, Chile, Brasil o México. Con la anterior ley 25.156, muchas instituciones que han mostrado enorme utilidad en el derecho comparado estaban ausentes en el régimen de competencia de Argentina (1).

(*) Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Es profesor de grado y doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor regular y director de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella.

(1) En efecto, en 1923 se sancionó la primera ley de competencia en Argentina, la que fue reformada en 1946. Estas no tuvieron mayor aplicación práctica. Fue en 1980, sin embargo, cuando por primera vez se sancionó una ley de defensa de la competencia en sentido moderno (ley 22.262), que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). La última reforma sustancial tuvo lugar en 1999, mediante la ley 25.156, actualmente vigente, aunque con importantes reformas posteriores. Esta última reforma implicó un avance significativo en materia de derecho de competencia en la región, especialmente con la introducción de un tribunal de competencia independiente (nunca puesto en vigencia) y la introducción del control de concentraciones económicas. La última reforma tuvo lugar en

En otros términos, Argentina carecía de una ley moderna y efectiva de defensa de la competencia que incluyese instituciones que han demostrado ser competentes y exitosas en derecho y política de competencia comparadas y que gozan de unánime aceptación entre los expertos a nivel internacional.

La ley 27.442 viene, de ese modo, a introducir instituciones necesarias para el correcto desarrollo del derecho de la competencia en Argentina, en línea con las mejores prácticas internacionales, en particular: (a) un régimen de clemencia para cárteles, (b) el establecimiento de una nueva autoridad independiente, (c) la implementación de un genuino sistema de control *ex ante* de concentraciones económicas, (d) la actualización de los umbrales para notificaciones, (e) la creación de un tribunal especializado para tratar asuntos de competencia vía revisión judicial y, entre otras reformas, (f) aquella relacionada con la creación de un nuevo esquema de sanciones.

Este trabajo tiene por finalidad, precisamente, efectuar algunas consideraciones económicas respecto del nuevo esquema de sanciones previsto en la ley 27.442 para conductas anticompetitivas, con la finalidad de mostrar su racionalidad económica. Con esa finalidad, inicialmente, voy a presentar las reformas que introduce la ley para finalmente examinar las

2014 que principalmente abolió el tribunal e introdujo una variedad de reformas a la Ley 25.156, ninguna de las cuales está alineada con las mejores prácticas comparadas en la disciplina.

mismas, de modo muy preliminar, apelando al enfoque económico.

II. Sanciones y otras herramientas disuasivas en la ley 27.442

La ley 25.156 establecía, sobre el final de su vigencia, sanciones tan bajas que seguramente tenía poco efecto disuasivo, en particular teniendo en cuenta los presumibles importantes beneficios esperados de violar el régimen de competencia, lo que configura prácticas que usualmente tienen efectos negativos importantes en los mercados. En otros términos, el precio que cobraba la ley por cometer actos o conductas anticompetitivas era demasiado bajo y es razonable suponer que ese precio podía tener algún efecto (indeseable) en las decisiones de las empresas respecto del cumplimiento de la ley de competencia.

La principal sanción que establecía la anterior LDC era la multa, que por el transcurso del tiempo y la inflación reinante en nuestro país desde el inicio de su vigencia (1999) a la fecha de la sanción de la ley 27.442, se había tornado en irrisoria, disminuyendo más de 20 veces su valor medido en dólares estadounidenses. Además, producto de ciertas modificaciones introducidas a dicha ley por el Congreso en 2014, se tornó algo más compleja la persecución de ilícitos anticompetitivos por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y la Secretaría de Comercio de la Nación, disminuyendo más aun, todo lo demás quieto, la capacidad disuasoria dados los mayores costos (y consiguiente baja en la probabilidad) de aplicación de la ley.

Precisamente, con la finalidad de resolver esta grave falencia, la nueva LDC regula las sanciones elevando de modo considerable el monto y modificando la forma de cálculo de las multas, lo que implica o debería implicar mayor efecto disuasorio, una de las metas centrales de la reforma. Al mismo tiempo, establece otras disposiciones que contribuyen a incrementar la severidad de las sanciones, como por ejemplo el refuerzo al derecho de daños aplicado a violaciones al régimen de competencia y el régimen de clemencia que constituye una herramienta que, en general, tiene un efecto impor-

tante para incrementar el valor de probabilidad de la detección de cárteles.

La constitución de una autoridad independiente ciertamente contribuye o debería contribuir (al menos en el largo plazo) a una aplicación más efectiva de la ley, incrementando también la probabilidad de sanciones para casos de incumplimientos, lo cual tiene o debería tener efecto positivo en la disuasión. Y es posible referir a otras reformas de la ley que incrementan o deberían incrementar la disuasión, pero a fines de limitar este trabajo solo me voy a ocupar de las sanciones propiamente dichas y en particular de la multa por conductas anticompetitivas (2).

En materia de multas, lo central, es que la nueva ley incrementa de manera sustantiva el valor de las mismas respecto de la anterior ley 25.156. El límite que establecía la anterior ley a las multas por comportamiento anticompetitivo se estableció en 1999 en ARS 150 millones, que en ese momento era igual a USD 150 millones. Sobre el final de su vigencia, ese límite representaba menos de USD 8 millones y, por lo tanto, un valor máximo muy bajo que difícilmente podía tener efecto disuasorio, en particular para violaciones de importancia con altos beneficios estimados para los infractores.

La ley 27.442 introduce nuevas directrices para la aplicación de multas por conductas anticompetitivas, las que son notablemente incrementadas en su valor, respecto de la ley 25.156. Según la nueva LDC, las mismas deben calcularse según el mayor valor resultante de los siguientes procedimientos: (i) hasta el 30% de la facturación del mercado afectado durante el último año fiscal multiplicado por el número de años de duración de la infracción. Siguiendo experiencias internacionales (aun cuando con un tope más alto) la ley dispone que ese monto no puede exceder el 30% de la facturación nacional consolidada del infractor durante el último año fiscal; o (ii) hasta dos veces el beneficio económico obtenido consecuencia de la infracción.

(2) Una sanción informal importante, sobre todo para empresas con alta visibilidad, es quizás el renombre, pero esto requiere otro trabajo específico y probablemente no sea tan sencillo de abordar con precisión, en especial en Argentina.

En el caso de que no sea posible emplear ninguno de estos métodos para establecer la multa, esta no puede exceder los 200 millones de unidades ajustables (aproximadamente USD 200 millones).

De este modo la nueva LDC incrementa las multas por conductas anticompetitivas, al punto que con el nuevo régimen no existe un tope máximo, como ocurría con el sistema de la ley 25.156 que la establecía en ARS 150 millones. Por otra parte, como es razonable, la ley dispone que la multa se duplique en caso de reincidencia en los 10 años anteriores.

La autoridad dispone además de multas para quienes no contribuyen o bloquean la investigación, las que tiene un tope diario de aproximadamente 500 dólares, quizás un monto algo bajo dada la magnitud económica de los casos en materia de defensa de la competencia, puesto que una empresa puede hacer cálculo costo beneficio y decidir, en consecuencia, no cooperar con la instrucción del expediente por parte de la autoridad.

La ley establece, además, que las personas humanas o jurídicas que no cumplan con la ley serán pasibles de sanciones típicas de regímenes de defensa de la competencia tales como el cese de los actos anticompetitivos. En igual dirección, la ley 27.442 establece que la autoridad de ejecución de la ley podrá imponer el cumplimiento de condiciones que tiendan a neutralizar los efectos distorsivos sobre la competencia y, eventualmente, la autoridad podrá solicitar al juez competente la disolución o liquidación o división de las firmas involucradas.

Por otra parte, la ley establece que quienes no cumplan con la obligación de notificar concentraciones económicas conforme establece el art. 9º o incumplan compromisos u órdenes de cese o abstención de conductas anticompetitivas, serán pasibles de una multa por una suma diaria de hasta un cero coma uno por ciento (0,1%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional, durante el último ejercicio económico, estableciéndose que para el caso de que no sea posible aplicar este criterio, la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a setecientos cincuenta mil (750.000) unidades móviles diarios.

Adicionalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá suspender hasta por 5 años (y 8 en caso de cárteles consistentes en acuerdos en licitaciones) del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables de infracciones a la ley de competencia, operando esto como un costo adicional a cometer conductas que afecten la rivalidad en los mercados.

La disposición del art. 58 puede introducir poderosos incentivos al establecer que una multa correspondiente a una persona jurídica se aplicará solidariamente “a directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”. Estableciéndose además la posibilidad de la autoridad de imponer, como sanción complementaria, la inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a estas personas físicas.

Por otra parte, la ley impide el empleo estratégico de la separación de la personalidad jurídica dentro de un mismo grupo al establecer la solidaridad a personas controlantes cuando, como en el caso anterior, por omisión de deberes de control hubiese contribuido o alentado la infracción al proceso de competencia.

Además, como se afirmó antes, lo que tiene efecto no es el valor de la sanción sino el valor de la sanción y la probabilidad de que la misma sea aplicada. De hecho, para la mayor parte de los casos, aun cuando es probable que este efecto sea más limitado en el caso de derecho de la competencia que regula usualmente a empresas que se asumen racionales en sentido económico, es la probabilidad (subjetivamente percibida) de ser sancionados más que el valor de la sanción, lo que determina el efecto disuasivo. Por eso es que es tan importante no solo el incremento de las multas y sanciones en general, como el refuerzo del derecho de daños aplicado a competencia, sino, además, otras reformas que tienden a incrementar la eficacia de la nueva autoridad de aplicación y por lo tanto la percepción respecto de la probabilidad (mayor) de que se apliquen las sanciones.

En este último sentido, cobra importancia elementos tales como una mejor organización interna más especializada (como actualmente emplea la CNDC) y es esperable que mantenga o mejore una autoridad independiente y, entre otros elementos, pero en particular, la puesta en vigencia de un efectivo programa de clemencia, tal como hace la ley 27.442.

En esta materia, creo que las nuevas disposiciones de la ley respecto de cárteles duros constituyen la parte más valiosa de la reforma que introduce la ley 27.442. Es que usualmente se considera que son las acciones concertadas entre competidores, con la finalidad de no competir, sea para incrementar precios, repartirse mercados o, entre otras, disminuir la calidad y variedad de los bienes, la conducta más grave desde el punto de vista de defensa de la competencia. Pero en el caso de los cárteles ocurre una paradoja: son las infracciones más graves, pero al mismo tiempo las más complejas de detectar y sancionar, sobre todo porque la jurisprudencia pide un estándar más bien alto de prueba que muestre, en general, además de indicios de mercado de la existencia del mismo, evidencia de cierto acuerdo entre los competidores.

La herramienta que ha permitido en la mayor parte del mundo incrementar la detección de cárteles consiste en los programas de clemencia, institución ausente en la anterior LDC argentina y sin la cual es muy complejo detectar y sancionar cárteles. De ese modo, dado que usualmente arrojan beneficios altos y la probabilidad de detección es baja, concertar con los competidores, en muchos casos, puede o podría constituir una práctica redituable.

Siguiendo las mejores prácticas internacionales, la LDC, incluye en el régimen antimonopolio argentino un moderno programa de clemencia con el fin de facilitar la detección y sanción de los cárteles duros que incluye inmunidad total a la primera empresa que revela haber participado en un cártel, siempre que (entre otras obligaciones) colabore aportando prueba decisiva respecto del cártel y una reducción del 50% al 20% de la multa para la segunda empresa en aplicar exitosamente al programa. La ley prevé un beneficio adicional para aquellas empresas que, sin calificar para aplicar a un cártel bajo investigación, brinde información que permita

detectar un cártel en otro mercado. En términos económicos, esto hace más costoso acordar con los competidores en infracción a la LDC, puesto que incrementa la probabilidad de detección y sanción (3).

Cuando una empresa aplica al programa y brinda información sobre un cártel incrementa el costo marginal o incremental de los demás miembros del cártel puesto que les impone el pago de la multa. Dado esto, naturalmente, el programa de clemencia tiene o debería tener efectos disuasivos. Genera además incentivos para que las partes de un cártel guarden prueba de la existencia del mismo y sus actividades, lo que reduce el costo de aplicar el derecho. El programa de clemencia genera incentivos para la defección y por lo tanto modifica la relación costo-beneficio de permanecer en el arreglo anticompetitivo, incrementado el riesgo de ser denunciado. Por ese motivo, además, se incrementan los riesgos *ex ante* y se haría menos atractivo formar parte de un cártel.

Obviamente un beneficio adicional del programa es que al hacer menos probable y menos estables los acuerdos entre competidores para no competir, generan mayor excedente actual o potencial a los consumidores. Por otra parte, la agencia antimonopolios baja su costo administrativo y de error en la detección, investigación y sanción de cárteles, en tanto cuenta con mejor información. Permite, en suma, a la agencia procesar mayor cantidad de casos con los mismos recursos, lo que redundará en mayor beneficio social y menores costos administrativos, todo lo cual constituye una indudable ventaja (4).

(3) Todo aun cuando un programa de clemencia también podría tener el efecto de reducir el costo esperado de integrar el cártel, dada la posibilidad de reducción o eliminación de la respectiva sanción. Pero, en general, hay cierto consenso sobre la efectividad de esta herramienta. Ver sobre este tema, MOTTA, Massimo - POLO, Michele, "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, 21 (3), 2003, ps. 347-379. AUBERT, Cecile - REY, Patrick - KOVACIC, William E., "The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, 24 (6), 2006, ps. 1241-1266.

(4) Sobre el diseño óptimo de un programa de clemencia, esto pide más de lo que nos proponemos en este estudio. Ver, por ej., HARRINGTON JR., J. E., "Optimal

En cuanto a los daños y perjuicios, otro elemento disuasivo para potenciales infractores al régimen de competencia, la nueva LDC establece (como lo hacía también la ley 25.156) que las partes perjudicadas por la conducta anticompetitiva podrán demandar la reparación de los daños en la justicia ordinaria. Siempre que finalmente este tipo de acciones judiciales sean acogidas por nuestra práctica y cultura legal, debería funcionar como un elemento disuasorio adicional, en tanto hace *ex ante* más costoso incurrir en conductas violatorias de la ley.

La nueva LDC reduce costos de transacción estableciendo que siempre que la acción de daños y perjuicios se haya iniciado con posterioridad a resolución firme del tribunal, esta hará cosa juzgada de tal modo que solo se deberá examinar la relación de causalidad y el monto de la reparación, eliminando del proceso la prueba de la existencia de la conducta fundamentada de la acción de daños y perjuicios. La ley establece además el proceso sumarísimo del Cód. Proc. Civ. y Com., a fines de acelerar los trámites (lo que implica un costo adicional al demandado) y facultad del Juez de establecer, a pedido de parte damnificada, una multa civil, la que de proceder hace una más costosa la infracción a la ley.

La idea central es muy intuitiva: dadas ciertas condiciones como un alto valor de probabilidad de ser condenado a una multa y otras sanciones que establece la ley, si el infractor, además, debe también con alto valor de probabilidad reparar daños, esto constituye un costo adicional para él, por lo cual se incrementa el efecto disuasorio de la ley. A esto se suma el costo de la mayor celeridad en proceso y el costo adicional, que puede ser importante, de asumir una multa civil.

El empleo de un proceso colectivo, habilitado en Argentina para este tipo de asuntos, sería de enorme utilidad, en tanto la extensión y homogeneidad del daño en materia de la competencia. Esta innovación institucional permitiría reducir aún más los costos asociados al proceso haciendo aún más probable el empleo de este tipo de acciones, incrementando de esa manera el poder disuasorio de la ley. Es que las infrac-

ciones al régimen de competencia, traducido en términos económicos, tienen efectos sobre la sociedad en general o una parte importante de personas, las que privadamente tienen pocos incentivos para llevar adelante un juicio complejo y costoso (5). En términos económicos, esta disposición baja el costo de transacción asociado a reclamar daños y perjuicios (un derecho estipulado expresamente ya en la anterior ley 25.156) y por lo tanto incrementa el valor de probabilidad haciendo por tanto más costoso violar la ley de competencia.

III. Comentarios económicos sobre el régimen de la multa por prácticas anticompetitivas en la 27.442

La idea central de este título final es mostrar la racionalidad de un sistema de sanciones en materia de derecho de defensa de la competencia en general, y en particular, a grandes rasgos y de modo aproximado, del esquema de multas que adopta la nueva LDC para conductas anticompetitivas.

(5) Esto, además, es tremendamente importante en materia de defensa de la competencia porque sucede que a diferencia del caso medio o más frecuente en otros ámbitos del sistema legal, los casos de defensa de la competencia afectan al interés económico general o, dicho en otros términos, a la sociedad en su conjunto, por lo cual en muchos contextos el daño es soportado por muchas personas, frente a lo cual puede suceder que ocurra lo que los economistas llaman un dilema de acción colectiva: aun cuando tenga sentido económico iniciar una acción, cada una de las víctimas consideradas aisladamente no tengan incentivos correctos para iniciar las acciones respectivas, o no, al menos, en una cantidad óptima o próxima a la óptima, tal que sea capaz de disuadir al victimario potencial. Por eso la probabilidad de demanda es muy baja y tiene mucho sentido económico que se sumen a las sanciones típicas de la agencia, como las multas, las compensaciones derivadas de juicios por daños y eventuales multas civiles ante los tribunales ordinarios. En un proceso entre privados o en el cual se hubieren afectado principalmente intereses de carácter netamente privados, las partes simplemente pueden capturar todo o buena parte del valor de una sentencia favorable por lo cual, siempre que el este sea superior al costo de iniciar la acción, tienen incentivos para demandar. Pero en estos procesos, como se ha explicado, el daño se reparte entre muchas personas y cada una considerada individualmente enfrenta pocos incentivos para demandar. Un proceso de tipo colectivo baja los costos y sube el beneficio esperado del proceso haciendo que este sea más probable y económico.

corporate leniency programs", *The Journal of Industrial Economics*, LVI (2), 2008, ps. 215-246.

Voy a sugerir, siguiendo literatura sobre la sanción óptima pero adaptada a derecho de la competencia, que aun cuando hay cierto aparente divorcio, el esquema de multas que emplea la nueva LDC tiene racionalidad económica. En particular, que tanto el esquema basado en facturación como el basado en los beneficios derivados de la infracción contemplados en la 27.442 para calcular la multa, son consistentes con la racionalidad económica, al menos de manera aproximada.

Quiero sugerir además que esquemas de cálculos de multa que llevan a montos grandes, como hace la nueva LDC, tienen pleno sentido en esta área del derecho. También voy emplear el mismo argumento para intentar una justificación, muy preliminar, para el inusualmente alto (si se lo compara, por ejemplo, con la práctica en la Unión Europea) tope del 30 % de la facturación consolidada que ofrece la ley para el caso que se emplee el método de facturación para establecer la multa.

Además, aun cuando esto es plenamente intuitivo desde el punto de vista de nuestras más comunes intuiciones de justicia, también voy utilizar argumentos económicos para justificar la racionalidad de distinguir entre la gravedad de diversas infracciones a los fines de calcular la multa, una regla presente en la jurisprudencia administrativa de la CNDC, en el derecho comparado y puede inferirse del esquema de agravantes y atenuantes que establece la ley y que tiene plena racionalidad económica.

Finalmente, quiero también emplear argumentos económicos para justificar, solo de manera aproximada y preliminar, los atenuantes y agravantes que emplea la ley 27.442, que por lo demás son elementos que están presentes en el derecho comparado, mucho de los cuales operan como *proxis* adicionales que refuerzan la racionalidad subyacente de ambos esquemas de multa que contiene la ley, es decir, aquella basada en la facturación y el beneficio ilícito, en particular para de manera más adecuada establecer la multa dentro del rango que permiten estos mecanismos.

Dentro de esto, en especial, voy a sugerir que dada la meta o finalidad de una LDC tiene también pleno sentido adoptar la capacidad

económica de los infractores como elemento para graduar la multa, conforme ciertas metas o fines que voy a especificar. En este sentido, finalmente, también voy a sugerir cierta racionalidad para la responsabilidad para administradores y funcionarios de las empresas, como elemento adicional disuasorio necesario, dados los límites al tamaño de las multas que pone la ley por capacidad económica.

Para eso, inicialmente, quiero presentar los elementos centrales del modelo económico de la sanción óptima, pero adaptada al derecho de la competencia, para luego examinar estos aspectos de ley 27.442. Creo que las conclusiones son, como se debería esperar, algo intuitivas, pero la economía permite una explicación más general y consistente que la simple intuición y permite luego aplicaciones más precisas y consistentes.

En breve, el enfoque económico asume que las personas toman sus decisiones respecto de cumplir la ley, evaluando los costos y beneficios asociados. Si la ganancia de violar la ley es mayor que el costo, se produce la infracción, simplemente porque en todos los órdenes en economía (ortodoxa y más empleada) se asume que las personas toman sus decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o bienestar. Por el mismo motivo, se asume también, que cuando el beneficio asociado a violar la ley es menor que el costo de hacerlo, las personas cumplen la ley.

Por ese motivo, la teoría económica de la pena indica, siempre que la finalidad sea la disuasión de la infracción, simplificando convenientemente el asunto, que el costo esperado de la multa impuesta debería exceder la ganancia esperada de cometer las infracciones contempladas en la ley(6). Este es el enfoque más

(6) El argumento central del enfoque económico de la pena reside en la idea de que un cambio cualquiera de las variables que afectan el valor esperado del delito o infracción a la ley, tiene un efecto predecible en las decisiones de los infractores potenciales. Las variables principales que estamos considerando ahora es el tamaño o severidad de las sanciones de la nueva LDC, pero es claro que hay otros, cuyo análisis dejo para otra oportunidad. Entre estos se destacan, el costo de llevar adelante la infracción (formar y estabilizar un cártel, p. ej., puede ser algo costoso), la probabilidad de éxito

tradicional, basado en la meta o finalidad de la disuasión.

Otra variante consiste en tomar como base de referencia el costo que la infracción genera a los consumidores, asumiendo que proteger a los consumidores es la finalidad de la LDC. En general este enfoque se adopta, fundamentalmente, por consideraciones de justicia, en la idea de que la sanción debe guardar relación con el daño que causa la infracción y/o por una concepción de tipo correctivo antes que disuasivo en materia de defensa de la competencia (7).

En este último caso, por ejemplo, en el caso de un cártel, el costo total es igual a la suma del sobreprecio que pagan los consumidores, más las transacciones que no se realizan con la consecuente pérdida de excedentes o beneficios para los consumidores, más el costo de prevención y ejecución de la ley de competencia (8).

Aun cuando siempre que la disuasión sea la meta, tomar como base el beneficio del ilícito es analíticamente más correcto que tomar como base el costo que genera el ilícito, en buena parte de los casos de defensa de la competencia, por ejemplo, en todos los casos de acuerdos

(por ejemplo, escasa en el caso de prácticas predatorias), el peso negativo que la detección y eventual sanción pueda tener en el renombre de la empresa y por lo tanto su exposición, entre otros, que no voy a considerar ahora. Respecto de la literatura básica sobre el tema, ver BECKER, G. S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, nro. 76, 1968, ps. 169-217 y LANDES, W. H., "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", *University of Chicago Law Review*, nro. 50, 1983, ps. 652-678. WILS, P. J. W., "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, nro. 29(2), 2006, ps. 183-20.

(7) Este enfoque también procede cuando el analista considera que hay infracciones a la ley que pueden contribuir al bienestar social. Cuando se hace pagar el daño, se generan incentivos para que solo se comenten aquellas infracciones cuyo beneficio social es mayor al costo social. Como voy a comentar más adelante, en los hechos la distinción no tiene tanta importancia en materia de defensa de la competencia y además la misma ley manda a tomar en cuenta el daño, pero este es un tema que requiere un examen detallado (y por momentos algo filosóficos) que no puedo desarrollar en este artículo.

(8) En los casos más frecuentes de defensa de la competencia las pérdidas de las víctimas, en el caso de los consumidores, excederá la ganancia para el infractor.

duros (salvo para un caso de discriminación perfecta de precios concertada), el costo social es más grande que el beneficio ilícito por lo cual la distinción tiene menos peso en otras áreas del derecho. Además, como voy a comentar, la ley misma pide también tomar en cuenta el daño, junto a otros elementos, para evaluar la multa.

La palabra "esperado" se emplea con la finalidad de distinguir entre un valor cierto y uno que es solo probable y esto tiene sentido porque una sanción no es un evento seguro. Por ejemplo, si el valor de probabilidad de que a un infractor le impongan una multa de \$ 1000 es igual al 50 %, el costo esperado de esa multa es igual a \$ 500. Al mismo tiempo, si el valor de probabilidad de ser penalizado con una multa de \$ 50.000 consecuencia de una infracción competitiva es solo del uno por ciento, el costo esperado es también igual a \$ 500. Por eso cuando la probabilidad de sancionar a un infractor es muy baja tiene pleno sentido, a fines de mantener cierto nivel de disuasión, que la severidad de la pena o sanción sea mayor. Es decir, algo que creo relevante para el derecho de la competencia, a menor probabilidad de detección y castigo, mayor debe ser este último, aun cuando con límites (en el caso de esta área del derecho) precisamente para no afectar la competencia, eliminando o restando vitalidad competitiva a un oferente del mercado (y consideraciones de justicia y legalidad de la multa) (9).

Si, por ejemplo, un infractor potencial a la ley de competencia anticipa un benéfico ilícito

(9) Las autoridades de aplicación de las leyes de competencia, tanto como los tribunales, usualmente necesitan información más precisa del caso, pero aparentemente, algunos estudios indican un rango de probabilidad de detección de cárteles en torno a un 15%, aun cuando es probable que estas estimaciones no sean del todo fiables, dada la dificultad de conocer la cantidad total de estos en la economía, para lo cual es necesario estimar la cantidad de cárteles no descubiertos, lo que no es tarea sencilla. Ver, p. ej., BRYANT, P. - ECKART, W., "Price fixing: the probability of getting caught", *Review of Economics and Statistics*, nro. 73, 1991, ps. 531-540. Estos autores estiman, p. ej., que para el período 1961 y 1988, la probabilidad de detección en Estados Unidos se encontraba entre el 13% y el 17% anual. Ver también, ORMOSI, P., "A tip of the iceberg? The probability of catching cartels", *Journal of Applied Econometrics*, nro. 29, 2013, ps. 549-566.

de \$ 50.000 y la probabilidad de que sea detectado y efectivamente sancionado es solo del 10 %, entonces, una multa ligeramente superior a \$ 500.000 sería la correcta para disuadirlo. Es difícil conocer la probabilidad de detección y sanción de infracciones al régimen de competencia, y aún más la percepción subjetiva de los potenciales infractores, pero es bastante probable que, dada la naturaleza no del todo visible del daño para los consumidores y la ausencia de incentivos para iniciar acciones privadas o inclusive denunciar la conducta, más la complejidad casual de este campo del derecho, tan poco intuitivo para las personas no especializadas, haga bastante baja la probabilidad de detección y sanción. Esto justifica o podría funcionar como un argumento para justificar multas importantes, puesto que la sanción esperada (es decir el monto multiplicado por la probabilidad) debería ser mayor que los beneficios derivados de la infracción que en este campo del derecho, dado que afectan el funcionamiento del mercado en general, pueden razonablemente asumirse importantes.

Podemos poner un ejemplo considerando también el costo que genera la infracción. Supongamos que un cártel elevaría el precio de modo tal que dejaría sin practicar transacciones por \$ 50 (lo que en economía se conoce como "pérdida de peso muerto") y que este acuerdo impone un sobre precio a los consumidores igual a \$ 100, de modo que el daño total a los consumidores es igual a \$ 150. En este caso, asumiendo para simplificar que no hay otros costos como por ejemplo ejecutar la ley y que la probabilidad de detección y sanción es igual a 1 es decir, es algo cierto, la multa podría ser igual al daño total que genera la conducta, en el ejemplo, de \$ 150, que es el resultado de sumar el sobre sobreprecio de \$ 100 más la pérdida de peso muerto de \$ 50.

Pero las sanciones no son eventos seguros y ejecutar el derecho consiste en una actividad costosa, de modo que deberíamos incluir estos elementos. La multa debería incluir el daño neto, que incluye además los costos de ejecución por caso, dividido por la probabilidad de aprehensión y condena. Por ejemplo, si los costos de ejecución del caso son \$ 10 y la probabilidad de condena es de un tercio, el cártel causa daños de \$ 160 (sobrecosto de \$ 100 más \$ 50

de pérdida de peso muerto más \$ 10 de costos de ejecución), la multa óptima debería ser de \$ 480, que es igual a \$ 160 dividido por 1/3. Sin embargo, esto no es fácil de estimar (10).

Si la finalidad de la ley es la disuasión y no la compensación, entonces la base debería ser la ganancia estimada a los fines de que la conducta no sea rentable. Sin embargo, en el caso de defensa de la competencia ocurre en muchos casos, como he señalado, que el daño a los consumidores tiende a ser más grande que el beneficio ilícito y por lo tanto esta distinción pierde importancia relativa. Por ejemplo, en un cártel, el costo que la conducta impone a los consumidores tiende a ser más grande que el beneficio ilícito, puesto que los miembros del cártel no capturan por completo el incremento del precio dado que se espera una baja en la cantidad demanda, pero este en todos los casos consiste en daños a los consumidores. Para no referir a otros daños como la reducción a los incentivos a la innovación. Por otra parte, la misma ley pide tomar en cuenta el nivel del daño causado, de modo que la distinción entre los dos enfoques en muchos casos no es del todo relevante o los datos disponibles, en muchos casos, no son suficientes para hacer la distinción.

A primera vista, podríamos inicialmente concluir, algo apresuradamente, que incrementar las sanciones consiste en una política que domina o es más conveniente que promover medidas tendientes a incrementar la probabilidad de la sanción. Es que usualmente establecer una multa más alta es menos costoso para la sociedad que incrementar la probabilidad de detección, que requiere costosas mejoras en la ejecución del derecho. Pero el problema es que el resultado puede consistir en multas que sean extraordinariamente grandes para aquellos que si son efectivamente detectados y sancionados. Sanciones demasiables altas respecto al tamaño del

(10) Tampoco es sencillo de estimar, en defensa de la competencia y al menos para la mayor parte de los casos, la ganancia derivada del ilícito y, desde luego, tampoco otras que son importantes para una mirada más profunda y general del problema tales como el contexto del infractor, sus preferencias sociales respecto del valor de la competencia en el mercado, su grado de aversión al riesgo y su percepción subjetiva de la probabilidad de ser condenado, razones por las cuales, entre otras, la disuasión consiste en un tema extremadamente complejo.

daño ocasionado, no solo repudian a nuestras intuiciones más compartidas de justicia, sino que en materia de derecho de la competencia no es deseable que las empresas pierdan vitalidad competitiva o peor aún sean eliminadas del mercado consecuencia de una multa enorme. La previsión de la LDC, que indica tomar como referencia la capacidad económica del infractor constituye una disposición económicamente justificada, tal como voy a concluir sobre el final. Por otra parte, la razonabilidad de las multas y hasta nuestras intuiciones de justicias más compartidas piden cierta relación entre la sanción y el daño que la conducta impone a la sociedad.

Para ilustrar mejor el punto tomemos como ejemplo un caso donde se toma como referencia el daño a los consumidores. Para muchos podría constituir un resultado normativo poco deseable desde el punto de vista de sus percepciones de justicia, imponer, por ejemplo, una multa de \$ 100.000 por un daño de solo \$ 100 por el hecho de que ese tipo de infracción tiene una probabilidad de detección y sanción de 1/1000. Pero, además, no es deseable tampoco, en derecho de la competencia, multas tan grandes que afecten la capacidad de seguir compitiendo en el mercado y la ley misma pide tomar en cuenta el daño causado. Otro tanto más habría para decir, respecto de la proporcionalidad de la multa respecto del patrimonio desde el punto de vista jurídico, tema que excede el enfoque de este breve artículo, pero que constituye un elemento que las autoridades deben tomar seriamente en consideración.

De modo que una ley de competencia debe buscar sanciones altas (aunque no desproporcionadas) al menos por tres razones. La primera en razón de la disuasión, porque las conductas anticompetitivas afectan a los consumidores de los mercados afectados en general, causando un beneficio ilícito muy grande, en particular para el caso de cárteles. Y para que se logre la meta de la disuasión, la sanción esperada debe ser más grande que el beneficio ilícito esperado.

Por otra parte, como se ha señalado, tiene sentido tomar en cuenta el (usualmente muy alto) costo que la conducta impone a los consumidores, no solo porque usualmente en materia de defensa de la competencia esta referencia puede tener sentido a fines disuasivos (dada la

magnitud del daño que puede exceder en muchos casos al beneficio ilícito), sino, además, porque es deseable que la multa tenga cierta proporcionalidad con el daño ocasionado, no solo por cuestiones elementales de justicia, sino, además, por el requisito de proporcionalidad que exige nuestro sistema jurídico.

La tercera razón es que la probabilidad de que se detecten y sancionen conductas anticompetitivas debería tener un valor bajo, dada la complejidad de detectar este tipo de conductas por parte de los consumidores y, en algunos casos, como ocurre con cárteles, el secretismo de la conducta y alto estándar probatorio que se requiere para sancionar esta conducta, algo que voy a considerar más adelante. La ambigüedad de efectos es materia de abusos también constituye un límite importante para la ejecución correcta de la ley.

Todo esto justifica sanciones elevadas a los fines de disuadir correctamente estas prácticas, aun cuando no tan elevadas que puedan afectar la vitalidad competitiva de las empresas infractoras y violentar nuestras percepciones de justicia más compartidas, tanto como principios jurídicos, entre otros efectos indeseables.

En suma, dos condiciones deben operar para que haya un nivel adecuado de disuasión: la multa o sanción debe ser lo suficientemente grande y la probabilidad de su aplicación lo suficientemente alta. Y aun cuando no es posible determinar con precisión la multa óptima, creo que la nueva LDC da un paso en ese sentido, aportando a una dosis necesaria de disuasión, incrementando las multas por medio de la elección del mecanismo alternativo que lleva a la multa más alta y además, sobre todo respecto de cárteles por medio de la inclusión del programa de clemencia, incrementando de manera sustancial la probabilidad de detección de estos acuerdos, conforme es probable dada la experiencia en el derecho comparado. Además, entre otras reformas, una agencia especializada e independiente, puede incrementar la probabilidad de sanciones, y la ley puede ganar consistencia con la revisión por parte de un tribunal especializado, tal como está previsto en la ley.

La ley eleva las multas y el argumento a favor de una reforma en este sentido es que es

tas infracciones implican un gran daño a los consumidores al mismo tiempo que, con alta probabilidad para muchos casos, con ganancias sustanciosas para quienes las practican. Por otra parte, estas infracciones son o podrían plausiblemente considerarse como muy poco probables de detectar. Esto último, en particular, porque las víctimas potenciales no tienen un modo claro de prevenir la infracción, puesto que enfrentan un dilema de acción colectiva, en tanto el daño es usualmente soportado de manera homogénea por muchas personas que individualmente enfrentan más costos que beneficios para iniciar las correspondientes acciones legales o sustentar una denuncia administrativa. Además, en estos casos, es posible que potenciales límites cognitivos hagan algo imperceptible el daño para la mayor parte de los consumidores que viven la experiencia del comercio en forma natural con dificultades cognitivas para diferenciar conductas legítimas de las ilegítimas. Aun en la hipótesis que pudiesen entender la práctica que eventualmente distorsiona el mercado afectando sus intereses, probablemente no podrían distinguir lo correcto de lo incorrecto, con suficiente nitidez, en una materia tan compleja y técnica como defensa de la competencia. De modo fundamental, ocurre además que los cárteles operan en secreto y requieren un alto estándar probatorio y los casos de abusos usualmente presentan cierta ambigüedad en sus efectos, por lo cual presentan desafíos aun para las autoridades.

Otro tema importante respecto del valor de las sanciones refiere la respuesta de los potenciales infractores a un incremento en la pena esperada, es decir, a su racionalidad. Sin embargo, mientras en muchas áreas del derecho ocurre que las personas no son suficientemente racionales para adoptar decisiones consistentes con los incentivos que introduce la ley, como puede ser por ejemplo el caso con los accidentes de tránsito, sucede que usualmente el derecho de la competencia regula la oferta de los mercados que usualmente están compuestos por empresas que consisten precisamente en organizaciones diseñadas para intentar maximizar ingresos y por lo tanto es razonable suponer que sean sensibles, al menos en algún grado apreciable al incremento de la severidad de las penas. En otros términos, en este campo del derecho, po-

demos esperar ciertos niveles más bien altos de racionalidad por parte de los administrados, por lo cual sea plausible esperar alto nivel de disuasión no solo por incremento de la probabilidad en la detección y sanción sino, además, en el valor de la pena (lo que usualmente no tiene mucho peso en muchos delitos, donde la racionalidad es menor). Esto es una buena razón para esperar una respuesta más que promedio al castigo en el caso del derecho de la competencia que en otras áreas del derecho (11).

Todo esto justifica el incremento de multas en la reforma de la LDC, en particular la adopción del resultado más grande de ambos esquemas para establecer la multa, sea el que tiene base en la ganancia derivada de la infracción o aquella que toma como base, muy frecuente en el derecho comparado europeo, la facturación de la empresa infractora. Además, dada la baja probabilidad de sanciones en general en Argentina (no solo para defensa de la competencia), las multas elevadas se justifican en particular. Esto podría, de hecho, funcionar como una justificación para el inusualmente alto 30 % de la facturación anual que opera como tope a la facturación anual del mercado afectado multiplicado por los años de la infracción que establece, como primer método para calcular multas, la ley 27.442. Una regla que, sin embargo, por elevada en su tope máximo, debería ser estimada con precaución por parte de las autoridades (12).

(11) Usualmente incrementar el nivel de la pena o sanción tendrá un efecto mayor cuanto más racionales (en términos económicos) sean las personas o tipo medio de persona regulada por la ley, la que debería ser alta en materia de defensa de la competencia, ya que usualmente son firmas que normalmente se asumen que buscan, al menos como meta prioritaria, maximizar sus ingresos. Sin embargo, es probable, como se ha mencionado, que solo incrementar las sanciones sin incrementar la probabilidad de detección y sanción sea poco efectivo, aun en el campo del derecho de la defensa de la competencia.

(12) Las autoridades de competencia, en todos los casos de derecho comparado hasta donde conozco, establecen un límite máximo a las sanciones basadas en facturación. La regla normalmente es, por ejemplo, en Europa, el 10% del volumen de negocio total del año anterior a la multa. El tope de la ley 27.442 excede este porcentaje y algunas multas podrían violar la meta de la competencia efectiva y afectar el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en la Comunidad europea se admite la solicitud de reducción de la multa

Examinada la racionalidad de establecer multas importantes, conviene considerar sobre cierto posible divorcio entre el enfoque económico y la sanción típica que establece la ley 27.442 por conductas que infringen la competencia.

El esquema de cálculo de multas tomando como base el beneficio ilícito es plenamente racional, aun cuando el tope del doble asume cierta probabilidad, quizás alta, en la detección de infracciones. Sin embargo, conceptualmente, como he comentado, este esquema es plenamente consistente con el enfoque económico. Sin embargo, en muchos casos puede tener sentido emplear el esquema basado en facturación, para superar el límite del doble y lograr mayor disuasión y al mismo tiempo por la dificultad, en algunos casos, de obtener de manera precisa el beneficio ilícito.

Es que el beneficio ilícito consiste en la diferencia entre el beneficio obtenido por medio de la conducta anticompetitiva y el beneficio que esa empresa o empresas hubiesen obtenido en condiciones de competencia efectiva, algo que no es muy fácil de conocer. Pero en cualquier caso consiste en una parte del volumen total de ventas en el mercado afectado, de modo que el esquema de cálculo de multas basado en facturación, el más empleado en derecho comparado y previsto en la LDC, tiene pleno sentido económico. Utilizar la facturación como proxy del beneficio ilícito, además incrementando la disuasión, en muchos casos, puede tener sentido económico.

También tiene sentido adoptar el esquema basado en la facturación como un buen proxy del daño que la conducta genera a los consumidores. Es que establecer multas tomando como referencia el daño a los consumidores puede ser demasiado complicado en muchos casos, en particular en materia de derecho de la competencia, donde hay muchas personas afectadas y se debe medir escenarios contrafácticos altamente complejos y donde, entre otras dificultades, el daño no es tangible, como sí ocurre, por ejemplo, en la mayor parte del derecho de daños sobre bienes.

por incapacidad contributiva, elemento incluido, como se ha comentado, en la nueva LDC.

Sucede que, en derecho de defensa de la competencia, esta diferencia entre multas basadas en el daño a la sociedad y la ganancia puede no tener demasiada importancia, además de lo comentado con anterioridad, por el hecho de que la facturación constituye un *proxy* para ambos enfoques, que por otra parte no pueden en muchos casos ser calculados con precisión. En la UE, por ejemplo, las multas se establecen con referencia al valor de las ventas en el mercado relevante y la duración de la infracción. Este mecanismo permite aproximar de manera razonable no solo el daño que la conducta genera a la sociedad sino además los beneficios derivados de la infracción, puesto que tanto el daño como el beneficio se incrementan cuando se incrementa la facturación en el mercado afectado y la duración de la infracción. La idea intuitiva es que empresas más grandes con prácticas ilícitas más grandes que hacen infracciones mayor cantidad de tiempo no solo causan más daño, sino que, además obtienen mayores beneficios producto de ilícito y por lo tanto necesitan sanciones más grandes para ser disuadidas. Esto además muestra cierta consistencia entre los dos esquemas para establecer multas por conductas anticompetitivas en la LDC.

Dado que una multa consistente debe tomar como base de referencia el ingreso derivado de la infracción o el daño que causa a la sociedad y además la probabilidad de detección, entre otros elementos, como el costo asociado a detectar y sancionar esas infracciones, tiene sentido que la base de facturación que se tome para calcular la multa, como ocurre en el derecho comparado y es práctica en la CNDC, distinga según la naturaleza de la infracción, siendo usualmente más alta la multa base (que luego se multiplica por la cantidad de años) para casos de infracciones donde el ingreso presunto y daño es más grande, la probabilidad de detección más baja y el costo de instruir el caso más alto, entre otros elementos, por ejemplo, para casos de cárteles de núcleo duro (13).

(13) Usualmente se considera que los casos de abuso de posición de dominio constituyen una infracción grave pero menos grave que un cártel. Además, la probabilidad de error en estos casos es más grande, ya que la línea de demarcación entre lo correcto e incorrecto es más sutil que en un caso de cártel duro y, por otra parte, estas conductas usualmente pueden tener efectos

Esto último, además por la necesidad de mantener lo que en la literatura se denomina “disuasión marginal”, para lo cual resulta conveniente mantener la tradicional política de imponer castigos más severos para infracciones que causan más costos a las víctimas y de ese modo evitar incentivos para la sustitución de crímenes o infracciones más serias por otras menos graves. Si el robo con uso de violencia se castiga igual que el robo, hay incentivos para que haya robos con uso de violencia. Si un cártel se castiga igual que una conducta unilateral, hay incentivos para que los potenciales infractores elijan las conductas que más daño causan a la sociedad.

Finalmente, conviene referir al esquema de atenuantes y agravantes que establece la LDC. Su art. 56 establece el modo en el cual el Tribunal debe graduar las multas. En particular que debe tener en cuenta la gravedad de la infracción y el daño causado lo que básicamente es consistente con el enfoque económico de la multa, tal como se ha comentado con anterioridad. Los costos asociados a la instrucción podrían tenerse en cuenta a los fines de evaluar el daño a la sociedad, puesto que instruir casos de defensa de la competencia, como cualquier caso, está lejos de ser una actividad gratuita (14).

También, lo que es consistente con el análisis económico, la 27.442 establece que se debe tener en cuenta el beneficio obtenido consecuencia de la infracción. Con independencia de que la facturación capture de manera aproximado esto, lo que permite consistencia al esquema de multas de la ley con el modelo de la multa óptima, la ley pide que se estime en particular estos elementos, lo que tiene pleno fundamento económico. Es interesante que a mayor gravedad de la infracción usualmente mayor beneficio, de manera que son metas que pueden ser correctamente capturadas por el nivel de facturación. Por otra parte, es claro que el beneficio ilícito, tal como establece la ley como método alternativo, constituye también una

positivos para el consumidor. Además, usualmente, no son llevadas adelante con el secretismo propio de los cárteles.

(14) Aun cuando dada la magnitud usual de las infracciones en materia de defensa de la competencia, es probable que estos costos no sean considerables.

forma consistente de establecer la multa, aun cuando el doble de la ganancia puede resultar poco disuasivo si la probabilidad estimada de ser detectado y sancionada es lo suficientemente baja.

La ley pide también tomar en cuenta el efecto disuasivo, lo que asume, probablemente, un examen de la probabilidad de aplicar la sanción, la elasticidad a incrementos en el tamaño de la sanción y en ocasiones el nivel de racionalidad de los administrados y la disponibilidad cognitiva a los fines de que tomen en cuenta los cambios en el tamaño de la sanción, algo bastante probable en derecho de la competencia, donde usualmente las personas reguladas son organizaciones que buscan maximizar beneficios. Al incorporar la ley expresamente el efecto disuasivo como elemento necesariamente hace o debe hacer referencia al enfoque económico de la sanción.

La referencia al valor de los activos involucrados tiene sentido económico como otro proxy del daño causado y los beneficios derivados de la actividad ilícita. En general cuantas mayores sean estos más grandes deberían ser el daño causado a la sociedad y el beneficio para el infractor o infractores. Lo mismo cabe decir respecto de la duración y el tamaño del mercado afectado, que pueden considerarse como elementos destinados a refinar aproximadamente el cálculo del daño o el beneficio para estimar la multa base, dentro del rango que permite la ley. El elemento disuasivo y el hecho de que la multa pueda ser “hasta el doble” del beneficio ilícito ponen de relieve que la ley permite pensar en términos probabilísticos ya que es la única manera de pensar de manera consistente en la disuasión y la mejor para justificar ese método o esquema de cálculo de multa.

La introducción de la intencionalidad tiene pleno sentido puesto que las personas u organizaciones que usualmente cometen un ilícito de manera intencional son aquellas que pueden causar más daño en tanto revela peligrosidad y, eventualmente, hasta profesionalismo. Y aun cuando la ignorancia de la ley no pueda ser razonablemente una casual para eliminar la responsabilidad por una infracción de la competencia, si es posible, como de hecho sucede en la jurisprudencia comparada, examinar los

motivos de la práctica para evaluar el tamaño de la sanción. La disuasión y la mayor peligrosidad hacen racional, además, como pide la ley, tomar en cuenta los antecedentes del responsable.

La capacidad económica, otro elemento que pide la ley y el que he referido con anterioridad, puede tener varias finalidades. En primer lugar, porque una persona no puede ser disuadida de manera correcta por medio de una multa sin tomar en cuenta su patrimonio y porque además es probable que empresas con patrimonio más grande incurran en prácticas con efectos o beneficios más grandes, funcionando como otro proxy para pensar de manera consistente multas eficientes dentro del rango que admite la LDC. Pero, sobre todo, como se ha señalado, tiene pleno sentido en tanto no es deseable, en el extremo, multas que afecten de manera severa y definitiva la capacidad competitiva de una empresa en el mercado. Este último resultado sería simplemente una meta contraria a la finalidad de LDC.

Multas muy altas, por otra parte, pueden llevar problemas de disuasión excesiva, induciendo a los agentes económicos a no emprender algunas prácticas comerciales innovadoras que mejoran a los consumidores pero que pueden resultar ambiguas para las autoridades, en una etapa inicial de su puesta en práctica. En otros términos, las empresas podrían evitar actividades legítimas por temor a que su comportamiento sea interpretado de manera equivocada como una práctica que viola el derecho de la competencia, y esto llevaría a la eliminación de nuevas prácticas comerciales que pueden dejar beneficios a los consumidores.

En tanto multas muy grandes pueden violar el principio de proporcionalidad y afectar la competencia, la responsabilidad personal de los administradores que introduce la ley 27.442 resulta en un elemento disuasivo adicional que, de emplearse de manera correcta debería tener peso. Esta es una disposición de la ley que puede tener gran impacto disuasivo, pero que

debe ser empleado también con cautela por parte de las autoridades.

Por último, dado que probar e instruir expedientes es una actividad costosa, tiene pleno sentido que la autoridad pueda también graduar la multa tomando en cuenta el grado de cooperación del infractor con el Tribunal de Defensa de la Competencia y/o con el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas. Por la misma razón, sin que esto viole el derecho de defensa, la ausencia de cooperación manifiesta puede o podría considerarse un agravante, tal como pide la ley.

IV. Conclusiones

En suma, he intentado mostrar de manera aproximada, apelando al modelo económico de la sanción óptima adaptado al derecho de la competencia, la racionalidad del esquema de multas por conductas anticompetitivas que establece la ley 27.442. En particular: (a) la racionalidad del doble esquema de sanciones de la ley 27.442; (b) el modo en el cual la facturación a fines del cálculo de la multa base y por período de tiempo por conductas anticompetitivas captura de manera correcta tanto el beneficio ilícito como el costo que las conductas anticompetitivas imponen a los consumidores; (c) La racionalidad de multas altas, pero no enormes, tal como prevé la ley; (d) la racionalidad de distinguir entre diferentes infracciones según el modelo económico de sanción óptima; (e) una posible justificación económica para el tope (alto respecto del derecho comparado) para la multa con base en facturación; (f) la racionalidad para las sanciones previstas a directivos y personas físicas de las firmas sancionadas y, finalmente, (g) la racionalidad de los atenuantes y agravantes contenidos en la nueva LDC. Todos y cada uno de estos temas admiten un examen más profundo, pero la finalidad de este artículo es mostrar la racionalidad aproximada del esquema general de la multa para prácticas anticompetitivas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

La aplicación supletoria de los Códigos Penal y Procesal Penal en la nueva Ley de Defensa de la Competencia

NICOLÁS DURRIEU (*)

I. Introducción

La ley 27.442 establece en su art. 79 la aplicación supletoria del Cód. Penal y el Cód. Proc. Penal, a la vez que descarta expresamente la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

Esta disposición no resulta nueva ya que las derogadas leyes 22.262 y 25.156 de defensa de la competencia también establecían dicha subsidiariedad(1), lo que traerá nuevamente(2) largas discusiones al respecto. Estas se centra-

ron en si las sanciones administrativas tienen naturaleza penal y cuál es el grado de influencia de sus principios. No obstante, dicha discusión resulta abstracta ya que el legislador ha continuado por la aplicación subsidiaria del Código de fondo y adjetivo penal.

Adelantándome a la conclusión, entiendo que desde la sanción de la ley 25.156, el régimen sancionatorio de defensa de la competencia es de carácter administrativo, al cual se le aplican los principios de derecho constitucional que fueron desarrollados con mayor profundidad por el derecho penal (culpabilidad, legalidad, *non bis in idem*, prescripción de la acción, entre otros). A mi criterio, ambos regímenes son ontológicamente iguales ya que expresan el *ius puniendi* del Estado, sin perjuicio que puedan presentar diferencias formales propias de sus especialidades.

Sin perjuicio de ello, la elección del régimen penal es sin dudas un mandato claro del legislador para que se resguarden los derechos de la persona imputada de una infracción, que en la práctica judicial es garantizado solo por el fuero penal, ya que el fuero contencioso administrativo tiende a la confirmación irrestricta de las sanciones de los órganos de control.

Con varias décadas de vigencia de la cláusula de subsidiariedad del régimen de defensa de la competencia, la CS se ha expedido sobre algunos aspectos en particular, los cuales serán citados. También analizaré los artículos de la ley 27.442 que sean pertinentes, bajo la luz del Cód. Penal y Proc. Penal.

(*) Socio de Durrieu Abogados. Abogado por la Universidad Católica Argentina. Magister en Derecho Internacional con un certificado en Derecho de Seguridad Nacional por la Universidad de Georgetown y en Derecho Penal por la Universidad Austral (tesis pendiente). Trabajó en la Justicia Nacional en lo Criminal, fue consultor en la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC) e instructor en la oficina de sumarios del ex Ministerio de Economía y Finanzas de la Nación. Realizó diversos cursos en la especialidad: certificado de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance* (AAEC) y el programa “*Compliance para Especialistas*” del IAE, Universidad Austral. Actualmente es miembro de la Comisión de *Compliance* y Lavado de Activos del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

(1) El art. 43 y el art. 56, respectivamente, establecían de igual manera la supletoriedad del Cód. Penal y Proc. Penal, aunque fue fugazmente reemplazado por la ley 26.993 publicada en el BO el 19/9/2014, la cual establecía la supletoriedad de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.

(2) Dicha supletoriedad fue fugazmente interrumpida con la derogada ley 26.993 de 2014, la cual estableció a la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos como el cuerpo normativo a aplicar subsidiariamente.

Por último, es preciso mencionar que se agrega como novedad un programa de clemencia, de similar naturaleza jurídica a la auto-denuncia espontánea establecido por el art. 9º de la ley 27.401 sobre responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción. En ambos casos es un arrepentimiento post-delictual que le exime de sanción penal y administrativa. Como se verá, su clasificación no es meramente teórica ya que tiene consecuencias jurídicas en cuanto a la carga de la prueba.

A fin de comprender mejor la naturaleza jurídica de las sanciones de este cuerpo normativo y la aplicación de los principios y preceptos del ordenamiento jurídico penal, antes debe analizarse sus antecedentes.

II. Breves antecedentes

II.1. Leyes anteriores

Se aprecia de los antecedentes legislativos en la materia, que el régimen pasó de ser de carácter exclusivamente sancionatorio a uno preventivo.

Los primeros intentos en nuestro país de legislar en esta materia datan de principios del siglo XX, siendo la ley 11.210 el primer precedente de importancia. Esta ley fue sustituida en el año 1946 por la ley 12.906, la cual incluyó el delito de monopolio. En 1980 se sancionó la ley 22.262 (3), la cual amplió los tipos penales, que tuvieron vigencia hasta 1999, cuando fue reemplazada por la ley 25.156 y modificada en 2014 por la ley 26.993.

Si se analizan las primeras leyes, puede apreciarse que establecían: i) delitos con penas privativas de la libertad y ii) competencia del juzgado penal de primera instancia en el dictado de la sentencia. En el caso de la ley 22.262 —última ley de contenido penal estrictamente— cabe destacar que llegaba a establecer una pena de prisión de 6 años de máxima.

Similar naturaleza puede observarse en las sanciones de la ley 19.359 Penal Cambiaria, la cual se sancionó en la misma época, así como la ley 20.680 de Agio y Abastecimiento. En todas las leyes mencionadas se establece la suple-

toriedad de los Códigos Penales, lo cual cobra sentido ya que eran leyes que tipificaban conductas delictivas.

El régimen penal en materia de defensa de la competencia subsistió hasta el dictado de la ley 25.156, la cual instauró un régimen administrativo sancionador en donde eliminó la pena de prisión y facultó al órgano de control para resolver el litigio, relegando al tribunal penal como órgano revisor de sus sentencias.

De esta manera se pasó de un régimen penal a uno administrativo sancionador. El proceso de un régimen al otro no fue puro ya que se mantuvieron algunos vestigios del antiguo régimen, tales como la revisión de la sanción del fuero penal y la remisión supletoria expresa a los Códigos sustantivos y adjetivos de la misma especialidad.

Esto sin duda dificultó la interpretación de la norma. Ahora, con el nuevo régimen de la ley 27.442 se avanza un paso hacia la diferenciación de ambos regímenes, administrativo y penal.

Como se dijo, la referencia a los Códigos Penales y Procesales Penales es una cláusula que subsiste desde la ley 22.262, a pesar de responder a un régimen distinto. Como se analizará, su omisión no debiera haber alterado significativamente el resultado ya que los principios constitucionales son igualmente de aplicación en el régimen administrativo sancionador.

No obstante, puede decirse que con la ley 25.156 el sistema mantiene una cierta coherencia en cuanto respecta al procedimiento que se debía observar, ya que la intención de la ley fue la de mantener la competencia del fuero penal económico como tribunal de revisión de las sanciones.

Dicha particularidad, fue tenida en cuenta por la CS cuando estableció la competencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en el fallo “Repsol YPF GLP Envasado en la Ciudad de San Nicolás s/recurso de queja”, registrado en Fallos 329:860, doctrina que fue mantenida por subsiguientes fallos como en los autos “Telecom Italia SpA y otro s/solicitud de inhibitoria” del 16/4/2010, Fallos 333: 385, al indicar que re-

(3) Publicada en el Boletín Oficial el 6/8/1980.

sulta “coherente con el art. 56 de la ley 25.156 (competencia del fuero penal económico) que se apliquen los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación” (4).

Cabe destacar que en dichos precedentes se estableció que más allá de lo que pueda decir algún decreto, “no se puede soslayar que la competencia de los tribunales es una materia que la Constitución Nacional atribuyó al legislador (conf. arg. arts. 116 y 117)”.

Con el mismo criterio, no puede refutarse inconstitucional la referencia que hace la ley en el art. 70 a los Códigos Penales, o inconstitucional el art. 68 en cuanto establece la intervención en grado de apelación de la sala especializada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para la Capital Federal. Por tal motivo, difiero en lo manifestado por los Dres. Roberto Durrieu y Diego Seitún en cuanto a que “...la intervención de tribunales de derecho privado, en la aplicación de severas penas, es un mal recuerdo de una posición política que no encuentra otra explicación que un interés contrario a los principios constitucionales” (5). Para el caso que el hecho sea de competencia en el resto de las provincias del país, no surge dicho inconveniente ya que los juzgados federales tienen múltiples competencias, sea penal como civil y comercial.

A mi criterio, dicha aparente incongruencia puede fundarse, siendo hasta quizás la mejor alternativa posible. Por un lado, el fondo de la materia ameritaba que sea revisado por un tribunal comercial especializado en la materia, preservando a la vez los derechos constitucio-

nales del imputado mediante la aplicación subsidiaria de los Códigos Penales.

Este tipo de competencias cruzadas tampoco es ajeno para el fuero penal, ya que ciertos incidentes sobre las medidas cautelares (6) y recupero de los activos (7), se rigen por el Código Procesal Civil y Comercial. Es más, se admite la demanda civil por daños y perjuicios en el proceso penal (8) y actualmente se discute un proyecto de ley sobre la extinción de dominio de los bienes secuestrados en el proceso penal mediante una acción civil.

Por otro lado, cabe destacar que el actual Cód. Penal mantiene el agiotaje —o colusión para distorsionar los precios o la oferta de mercadería— en el primer supuesto del art. 300 (9) del Cód. Penal, así como en su tipo especial

(6) El art. 518 del Cód. Proc. Penal indica la supletoriedad de las disposiciones del ordenamiento civil y comercial al decir que “con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de los bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, pero el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo”.

(7) Los arts. 23 y 305 del Cód. Penal se refieren a que la acción civil será la que deberá articularse a fin de realizar el decomiso de los bienes objeto del delito.

(8) Los arts. 14 y 87 y ss. del Cód. Proc. Penal se refieren a la acción civil dentro del proceso penal. Consecuentemente, al momento de la sentencia el tribunal deberá resolver sobre la responsabilidad penal sino también sobre el reclamo resarcitorio.

(9) Art. 300.— Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(4) Recordemos que allí se generó dicha controversia ya que el art. 53 de la ley 25.156 establecía que era competente la “cámara federal que corresponda” sin especificar cuál es esa cámara en el ámbito de la Capital Federal. El dec. 1019/1099 vetó ciertas disposiciones de la ley 25.156, entre las que se encontraba la determinación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial para resolver en casos como el que ahora se analiza. Luego, el dec. 89/2001 estableció que sería la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal la competente para entender en los recursos.

(5) DURRIEU, Roberto - SEITÚN, Diego, “Tribunal de apelación para las penas que aplica la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, LL del 14/3/2007. Cita: AR/DOC/1197/2007.

financiero del art. 309(10) del mismo cuerpo normativo. Ambos delitos son de aplicación para las personas físicas involucradas en la maniobra, pero en el caso del art. 309 también se aplica para las personas jurídicas en virtud del art. 313 del Cód. Penal.

Esta duplicidad de infracciones, es decir, por un lado un delito (Cód. Penal) y por el otro una infracción administrativa (ley 27.442), es lo que actualmente sucede en otras materias. A modo de ejemplo, por un lado tenemos las infracciones en prevención de lavado de activos de la ley 25.246, y por el otro el delito de lavado de activos del art. 303 del Cód. Penal. Lo mismo sucede en el ámbito tributario, en donde una misma conducta puede ser considerada un delito (Título IX de la ley 27.430) y una infracción según la Ley de Procedimientos Fiscales 11.683.

En el derecho comparado también sucede lo mismo. En los EE.UU. el Departamento de Justicia puede iniciar acciones de orden administrativo sancionador como penales por el mismo hecho, en violación a la ley Sherman o Clayton. Por su parte, la Comisión Federal de Comercio solo por infracciones administrativas.

Esta duplicidad de sanciones y solapamiento de organismos, sin duda ha traído varios cuestionamientos, sobre todo al principio del

non bis in idem o *double jeopardy* como se lo llama en los EE.UU.

II.2. Debate parlamentario de la ley 27.442

Tanto en el plenario de la Cámara de Diputados como en la revisión realizada por el senado de la nación, no se trató en particular la razón por la cual se incluía la cláusula subsidiaria bajo estudio.

El único legislador que hizo referencia a dicho artículo fue la Senadora Fiore Viñuales (consid. 219), quien puso sobre la mesa la aparente contradicción que existe en establecer por un lado la competencia de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal como instancia judicial revisora de las sanciones impuestas por infracción a la ley 27.442, y que se aplique subsidiariamente el Cód. Penal y Proc. Penal. Al respecto, indicó que "...sí voy a votar en contra solamente un artículo, el art. 79. Hemos estado hablando mucho con el senador Pais, que valoro el conocimiento que tiene y la paciencia que ha tenido en explicarme varias cosas respecto de las competencias. Pero esto de que una Cámara Civil y Comercial aplique supletoriamente el Cód. Penal y el Cód. Proc. Penal no lo termino de interpretar bien. Honestamente, no coincido y me parece que lo mejor, en ese caso, sería votar en contra solamente de ese artículo..."

Al respecto ya he hecho referencia a que la contradicción resulta aparente, ya que puede fundarse la aplicación de los principios penales como un reaseguro de la protección de las garantías constitucionales del imputado, régimen más elaborado y en la práctica más riguroso, al que establece el derecho administrativo sancionador.

Por último, relacionado con disposiciones penales, cabe destacar que los legisladores se centraron sobre el novedoso programa de clemencia, al cual haré referencia más adelante.

III. Naturaleza jurídica de las sanciones de la ley 27.442

Como ya lo he adelantado, las sanciones y el procedimiento de la ley 27.442 es administrativo, al igual que lo que ocurría con la derogada 25.156. Ello difiere con la ley 22.262 en donde se establecían infracciones con penas privativas

(10) Art. 309.— 1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;

b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

de la libertad, las cuales eran resueltas en primera instancia por tribunales con competencia penal.

No obstante, considero que no existen diferencias sustanciales u ontológicas entre una sanción penal y una administrativa, por lo que los principios resultan aplicables en uno y otro ordenamiento. Ello se debe a que ambos son vertientes del *ius puniendi* del Estado, cuya limitación son las garantías constitucionales del imputado. Así, su diferencia resulta cuantitativa en cuanto a la intensidad de la sanción, y no cualitativa.

La CS ha seguido dicha postura —salvo alguna excepción— en varios casos, como en “Uzandizaga Perrone y Juliarena”, al decir que “las infracciones y sanciones tributarias integran el derecho penal especial y le son aplicables las disposiciones generales del Cód. Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario (Fallos 287:74)(11)” y el caso más reciente “Fizman”, en donde se aplicó la prescripción de la acción por violación al plazo razonable indicando que “la prosecución de un pleito inusualmente prolongado —máxime si tiene naturaleza penal— conculcaría el derecho de defensa en juicio... también previsto expresamente en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 8.1. CADH y PIDCP, en función del art. 75, inc. 22 CN)” (12).

El Tribunal Supremo de España es más contundente en sus fallos al decir directamente que “No hay diferencia ontológica entre sanción y pena, dado que ambas son manifestaciones del *ius puniendi*, aunque sí de matiz” (13).

Sobre la ley bajo estudio, algunos autores como la constitucionalista y consejera Marcela Basterra han ido más lejos al decir que “Por su naturaleza, la ley argentina de defensa de la competencia es una ley penal, y los delitos que en ella se encuadran son delitos de acción pública. La acción judicial corresponde por lo tanto solo al Estado, que en este caso está re-

presentado por el secretario de comercio —actualmente secretario de Industria, Comercio y Minería—, de quien depende la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. La ley establece medidas destinadas a reprimir contravenciones, las cuales son directamente aplicadas en instancia administrativa por el secretario de Comercio, luego del dictamen de la CNDC; pudiendo ser apeladas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal, o la Cámara Federal correspondiente” (14), en alusión a la ley 25.156.

La preeminencia de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador se da porque el primero ha elaborado con mayor profundidad los principios constitucionales, debido a que tiene dentro de sus notas distintivas la sanción de privación de la libertad. Claro está que cuando nos referimos a los principios del derecho penal, hacemos alusión a los principios que surgen de nuestra constitución y de fuente convencional, tal como fuera mencionado por el fallo de la CS citado. Estos principios constitucionales deben ser aplicados por ambas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

Dicha similitud se observa más aún en la actualidad, en donde se adaptan los principios de derecho penal clásico o nuclear (ej. robo y homicidio) a las nuevas circunstancias que presenta la realidad económica moderna. Al respecto, adhiero al concepto del derecho penal de las tres velocidades que magistralmente desarrolló el Dr. Jesús Silva Sánchez (15). Resumiéndolo, se hace referencia a la adaptación del derecho penal según las diversas realidades. El primer estamento comprende la aplicación irrestricta de las garantías penales —que se construyeron sobre la persona física— en los delitos nucleares o clásicos como el robo y el homicidio. La

(14) BASTERRA, Marcela, “La defensa de la competencia. Las leyes antimonopolio y la Constitución Nacional”, ver en: http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/LADEFENSA-DE-LA-COMPETENCIA-LAS-LEYES-ANTIMONOPOLIO-Y-LA-CONSTITUCI_NACIONAL.pdf.

(15) El “derecho penal de segunda generación” desarrollado por el Dr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Civitas, 2001.

(11) Fallos 303:1548 del 15/10/1981.

(12) CS, 23/5/2009, “Fizman y Compañía SCA c. Dirección General Impositiva”, Fallos 332:1492.

(13) TS español, sentencia del 14/6/1989 en el caso “Llorente”, art. 4625.

segunda se refiere a la adaptación del derecho penal a las nuevas circunstancias económicas, en donde se encontraría la Ley de Defensa de la Competencia. Algunos autores la denominan como un derecho penal administrativizado. La última, es el llamado “derecho penal del enemigo” —reprochable sin duda pero que en la realidad se aplica—, en donde el imputado se le ve privado de algunos o todos los derechos penales, tal como es el caso de los presuntos terroristas detenidos en “Guantánamo”.

Un claro ejemplo de la “segunda velocidad” del derecho penal, es la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El derecho penal clásico se fundó sobre las personas físicas, por lo que la aplicación de sus preceptos a las personas jurídicas debe ser morigerados o adaptados a dicha abstracción jurídica. Muchos autores, como yo, consideramos que dicha responsabilidad no difiere en lo absoluto con las sanciones de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador.

Sin duda, existen diferencias propias entre ambos regímenes por diferir su ámbito de aplicación. No obstante, la naturaleza jurídica de las sanciones no puede depender de la afirmación del legislador en uno u otro sentido. Su voluntad no es constitutiva de su ontología, además, ya hemos observado en más de una oportunidad la incongruencia del legislador en las leyes.

Algunos autores se basan en diferenciar su naturaleza, según los siguientes elementos:

- El órgano que las aplica. Sobre el particular, ya hemos visto que es una cuestión accidental ya que existen jueces penales que aplican disposiciones civiles o administrativas, y viceversa. De hecho, muestra de ello es la cambiante competencia que sufrió la defensa de la competencia.
- El tipo de sanciones. La única diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos es que el derecho penal tiene como pena la prisión, la cual pareciera no ser algo menor. Sin embargo, una multa o inhabilitación o incluso la disolución de una sociedad —que se equipara a una pena de muerte para una persona física—, puede ser más grave.

Existen infinidad de casos en donde el legislador ha optado que un hecho puede ser sancionado por el derecho administrativo o por el penal. A modo de ejemplo, se observa en la evolución que tuvo el régimen de defensa de competencia ya explicado. A la inversa, la mayoría de los delitos del Título XIII de la parte especial del Cód. Penal antes eran conductas administrativas sancionadas por la CNV, tales como el *insider trading* (art. 307) y la intermediación financiera no autorizada (art. 310). Otro ejemplo de ello es el delito tributario, que, de acuerdo con el monto de la evasión, será una infracción tributaria regida por la ley 11.683 o un delito.

Los casos antes mencionados demuestran que resulta incoherente, injusto y peligroso pensar que el régimen administrativo sancionador no contiene las mismas garantías del derecho penal. Caso contrario, la sola discrecionalidad del legislador puede despojar de dichas garantías a los ciudadanos.

La diferencia cuantitativa y no cualitativa entre ambos regímenes, lo ha expresado claramente el Dr. Raúl Zaffaroni, al indicar que “el orden contravencional no es más que un orden penal de menor gravedad” (16).

En virtud de lo expuesto, en teoría podría haberse omitido la referencia sobre la subsidiariedad del Cód. Penal, ya que la aplicación de los principios constitucionales debiese aplicarse, en cualquier caso. Aunque a los efectos prácticos resulta importante la aclaración, ya que como es sabido, el fuero contencioso administrativo tiende a confirmar las sanciones de los organismos de control sin mayor revisión o resguardo de las garantías constitucionales del imputado.

No me explayaré más al respecto en virtud que la doctrina y jurisprudencia ya lo han hecho con profundidad. Asimismo, en lo que aquí respecta, la posición tomada por el legislador en el art. 79, torna abstracta dicha discusión: el proceso administrativo sancionador debe aplicar los principios del derecho penal. Es más, va aún más lejos ya que determina que también

(16) ZAFFARONI, Eugenio R., “Prólogo”, en CORVALÁN, Juan G., *Condiciones objetivas de punibilidad*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. X.

deberán aplicarse subsidiariamente el articulado del Cód. Penal y del Cód. Proc. Penal.

IV. La ley 27.442 a la luz del Código Penal y Procesal Penal de la Nación

IV.1. Los principios del derecho penal

La presunción de inocencia y el derecho de defensa en juicio, que se encuentran en nuestra constitución y los pactos internacionales, son los derechos fundamentales que amparan al acusado frente a todo procedimiento que revista el carácter represivo. Por tal motivo, empearé brevemente con sus análisis.

En el primero de ellos, toda persona se presume que es inocente, en tanto que, su culpabilidad no sea declarada formalmente por un tribunal, mediante un procedimiento justo con todas las garantías que ofrece un Estado democrático y de derecho. Esto supone que la inversión de la carga de la prueba se encuentra proscribida, a partir de la premisa de que el Estado, como titular del *ius puniendi*, es quien se encuentra obligado —a través de la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas en este caso— a desvirtuar dicha presunción más allá de toda duda razonable, sin esperar colaboración alguna del acusado.

De igual modo e íntimamente ligado a la presunción de inocencia, se encuentra el derecho a guardar silencio y no auto incriminarse, receptado en nuestro Cód. Proc. Penal en el art. 296. Por tal motivo, las vistas conferidas a los presuntos infractores en los arts. 38 y 41, no pueden ser utilizadas como prueba en su contra. Tampoco debieran ser válidos los documentos e información obtenida como resultado de un requerimiento efectuado al presunto imputado, siempre y cuando exista un proceso en trámite o esté investigado de alguna manera el infractor. Por tal motivo, como se verá más adelante, considero inconstitucional el art. 59 que sanciona la omisión o negativa del imputado de colaborar con el tribunal.

También resulta de aplicación el principio *in dubio pro reo*, ya que se encuentra íntimamente ligado a la presunción de inocencia del acusado. Dicho principio tiene operatividad *strictu sensu* recién con el dictado de la sentencia del

art. 43. También es principio rector de interpretación de las normas que deba realizar el tribunal, que deberá hacerse de la manera más beneficiosa para el imputado, sin llegar a forzar el texto de la ley.

El principio de culpabilidad o “personalidad de la pena” en términos de los administrativistas está íntimamente con los principios antes mencionados, ya que solo podrá ser responsable aquella persona física que se demuestre un dolo o culpa en su actuar. Ello se desprende del mismo art. 58 el cual indica que serán responsables las personas físicas en tanto y cuanto el hecho se produjo por “su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”. Es decir, que la responsabilidad no puede fundarse por el solo cargo que tuvo la empresa dentro de la estructura empresarial.

La atribución de la responsabilidad de la persona jurídica es vicarial u objetiva, por los hechos de cualquier persona física que la beneficie. Ello sucede en otros delitos, tales como el de lavado de dinero (art. 304 del Cód. Penal) y otros delitos contra el orden financiero y económico (art. 313 del Cód. Penal), delitos tributarios (art. 14 del Capítulo IX de la Ley de Impuestos a las Ganancias), art. 1º de la Ley de Responsabilidad Penal empresaria por hechos de corrupción (27.401), etc.

Es importante destacar que del art. 30 (inc. d)] y del art. 43, surge claramente la división de funciones entre la parte acusadora y juzgadora del proceso administrativo. El primero es el secretario instructor de Conductas Anticompetitivas y el segundo el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Este proceder se funda en la imparcialidad que debiera tener el juez. Sin duda que este principio debe ser morigerado en este caso ya que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano administrativo y no judicial.

Al igual que lo que sucede con las atribuciones del juez según el vigente Cód. Proc. Penal, el Tribunal de Defensa de la Competencia puede ordenar prueba para mejor proveer (art. 44). Es un sistema inquisitivo en donde el juzgador no

es del todo imparcial ya que se encuentra contaminado al ordenar prueba, propia de la labor de la acusación. Cabe aclarar que el Cód. Proc. Penal aprobado, pero aún no vigente, establece un proceso acusatorio puro en donde el juez no puede intervenir en la producción de la prueba y se basa enteramente en la realizada por el fiscal.

En sintonía con dicho principio, el Tribunal de Defensa de la Competencia, así como la Cámara de Apelaciones como órgano revisor, estarían vedados en aumentar las penas propuestas por el secretario instructor de Conductas Anticompetitivas, habida cuenta que se incurriría en la violación del principio penal *reformatio in peius*.

IV.2. Análisis de los artículos en especial

A continuación, haré referencia a algunas disposiciones de la ley 27.442 analizadas de acuerdo con el ordenamiento penal.

El art. 13 establece la confidencialidad de las actuaciones, cuya violación puede ser pasible de los delitos de violación de secretos (arts. 156 y 157 del Cód. Penal).

El art. 16 establece la “cosa juzgada” de las autorizaciones de las fusiones, salvo que se haya basado en información o documentación falsa. Llegado el caso, la conducta podría tipificarse como “estafa procesal” (art. 172 del Cód. Penal), entre otros delitos residuales como el de falsedad de documento público o privado (arts. 292 y ss.) o libros societarios (art. 300, inc. 2º del Cód. Penal).

El art. 27 establece como causal de suspensión de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia, su auto de procesamiento firme por delito doloso. Entiendo que el delito al que se refiere la norma debe guardar relación con su desempeño como funcionario o contra la administración pública. Asimismo, cabe aclarar que, en el nuevo Cód. Proc. Penal, aprobado pero aún no vigente, ya no se contempla el “auto de procesamiento”. Entiendo que eventualmente deberá asimilarse al requerimiento de elevación a juicio ya que es un auto que analiza el mérito de la cuestión y es apelable.

El art. 28 establece las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, entre los que se encuentra la de “Promover e instar acciones ante la Justicia”, facultad que le permitiría presentarse como parte querellante en los procesos penales que inicie. Recordemos que el art. 177 del Cód. Proc. Penal establece la obligación que tienen los funcionarios públicos de denunciar delitos de acción pública, especialmente la figura del agiotaje o colusión de los arts. 300 y 309 (figura agravada) del Cód. Penal que se daría en muchos de los casos previstos por la ley 27.442. Asimismo, se establece que puede “propiciar soluciones consensuadas entre las partes”, lo que de llegarse podría extinguir alguna acción penal por conciliación que tuvieran las partes, de acuerdo con los términos del art. 59, inc. 6º del Cód. Penal.

Por otro lado, en cuanto a la prueba que debe llevar a cabo la instrucción (art. 30), es de aplicación lo dispuesto por el Cód. Proc. Penal. Al respecto, las audiencias testimoniales, las pericias y demás pruebas, deberán ser examinadas por el imputado, o al menos notificarle la posibilidad de intervenir, ya que de lo contrario no podrán ser consideradas pruebas de cargo para fundar la sentencia.

Las medidas cautelares que se ordenen surgen del art. 23 del Cód. Penal y de otras normas procesales ya referidas en este artículo, las cuales en última instancia se remiten al Cód. Proc. Civ. y Com. Por último, se hace referencia que las actuaciones son públicas para las partes, al igual que los procesos penales nacionales. Entiendo que puede aplicarse la excepción establecida en dicho cuerpo normativo, para aquellos que demuestren un interés legítimo (art. 113) o sean las víctimas (27.372), siempre y cuando no se haya dictado secreto de sumario. Esta disposición se relaciona con la confidencialidad de las actuaciones del art. 13.

El art. 35 contempla el archivo por falta de ratificación de la denuncia. En la práctica se lleva a cabo con regularidad en el fuero penal, aunque de todas maneras se ha admitido omitirse dicho requisito en los casos en que haya un interés institucional y la denuncia tuviera datos ciertos de la posible comisión de un delito. Ello se da mucho en las denuncias anónimas, en donde claramente el denunciante no se presen-

tará a ratificarla. Se la funda por el hecho que los datos generan una *notitia criminis*, la cual obliga al Estado investigar de oficio.

Es importante recordar lo dicho sobre el art. 28 en cuanto a que el art. 177 del Cód. Proc. Penal exige a los funcionarios públicos denunciar. Por lo tanto, presentada una denuncia que tenga verosimilitud de derecho, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia deberá realizar la denuncia por los arts. 300 o 309 del Cód. Penal. Claro está que no debe esperarse al dictado de la sentencia (art. 43), ya que de lo contrario habrá prescripto la acción penal que es de 2 años para el primer delito o 4 y 6 años para el segundo.

El art. 41 puede equipararse a la acusación, por lo que deberá contener una descripción detallada de los hechos y pruebas que se le imputan, como lo exige la indagatoria del art. 294 del Cód. Proc. Penal. No es necesario realizar una calificación legal del hecho. La sentencia del art. 43 deberá versar sobre los hechos por los cuales la empresa fue indagada, a fin de preservar el principio de congruencia que proviene del derecho de defensa en juicio.

El art. 42 indica que la prueba rechazada por el Tribunal de Defensa de la Competencia será irrecurrible. A fin de que dicha disposición sea compatible con el derecho de defensa en juicio, la Cámara Federal que intervenga contra el recurso de apelación de la sentencia, deberá evaluarlo antes, de conformidad con lo establecido por el art. 304 y 357 del Cód. Proc. Penal.

El art. 45 se refiere a la suspensión del proceso a prueba (*probation*), el cual también se encuentra regulado en el art. 76 bis del Cód. Penal y 293 del Cód. Proc. Penal, por lo que deberán aplicarse dichas disposiciones supletoriamente, en cuanto sean compatibles.

El art. 54 tipifica la falsa denuncia (art. 245 del Cód. Penal), la cual prevé una sanción administrativa de multa según lo dispuesto por el art. 55 inc. b). Cabe destacar que el testigo que declare falsamente será atribuible el delito de falso testimonio del art. 275 (párr. 2º), que establece una pena de 1 mes a 4 años de prisión.

El art. 55 establece las posibles multas a la entidad, las cuales resultan similares a las que fue-

ron analizadas para la ley 27.401. El proyecto del ejecutivo, así como el de diputados, establecían una multa con base en la facturación bruta del año fiscal anterior de la sociedad, pero fue arduamente criticado ya que no guardaba relación con el hecho imputado, violándose así el principio de proporcionalidad y culpabilidad. Al igual que lo resuelto por el senado de la nación en aquella ocasión, en la ley 27.442 se establecieron las multas con base en el beneficio económico obtenido (punto ii). La multa de hasta el 30% de los productos o servicios involucrados también cumple con el principio de proporcionalidad y culpabilidad. El último párrafo establece el agravamiento de la pena por reincidencia. Sin duda las sanciones establecidas en el punto c) deben ser de excepción o *ultima ratio*, y la disolución debe proceder solo cuando la sociedad se haya constituido al solo fin de cometer la infracción, tal como lo establece la ley 27.401 (art. 7º, inc. 4º).

El art. 56 establece criterios de graduación de la pena, asimilables al art. 41 del Cód. Penal para las personas físicas y al art. 8º de la ley 27.401 para personas jurídicas. Sin embargo, no se hace mención expresa a tener un programa de cumplimiento efectivo para prevenir los cárteles. Ello puede fundarse ya que en casi todos los casos la alta Gerencia de una empresa está involucrada en las conductas anticompetitivas sumariadas, lo cual torna el programa de cumplimiento inadecuado ya que uno de los requisitos esenciales es que haya compromiso del *top management* (17).

(17) Al respecto, en OCDE "Sanctions in Antitrust Cases" de 27/3/2018 se ha dicho que "The US explained that it believes that an effective compliance programme provides very significant benefits to corporations, in particular if they deter cartel activity from taking place in the first place. The second benefit is that with good compliance programme should cartel activity be detected, the company will be the first one to approach the DOJ and take advantage of the leniency programme. If the company has failed to either deter the conduct or be the first one in, under US sentencing guidelines, the general rule is that an effective compliance programme will allow for a benefit in the calculation of the fine. This benefit very rarely applies in antitrust cases particularly if the company unreasonably delays coming in and approaching the DOJ. Furthermore, there is a presumption that a programme is not effective if anyone with a high level or substantial authority within the corporation has participated in, condoned or willfully ignored the effects. Because of the nature of cartel activity, it's almost always the case that

El art. 57 establece la responsabilidad objetiva o vicarial de la persona jurídica por los hechos cometidos por las personas físicas en su beneficio. El artículo reproduce la fórmula de imputación del art. 2º de la ley 27.401, entre otras leyes penales que atribuyen responsabilidad a la persona jurídica. El art. 58 establece la responsabilidad subjetiva de la persona jurídica controlante por defecto de organización, es decir, para el caso que no se ha implementado un programa de cumplimiento adecuado para reducir la posibilidad de ocurrencia del hecho infraccional. Es un supuesto de obligación de medios y no de resultado.

El art. 59 sanciona dos supuestos diferentes: la obstrucción de la investigación y el negarse a proveer documentos o información. El primero trata de una conducta activa y el segundo de una omisiva. Para el caso de terceros no se observa cuestionamiento alguno, pero para el caso del imputado, considero que resulta inconstitucional —por violación al art. 18 de la CN—, obligarle al imputado a realizar una prueba en contra de sí mismo —autoincriminación— de manera coercitiva —bajo amenaza de ser sancionado—. En cambio, obstruir la investigación es una acción positiva que sí puede ser sancionada. Un supuesto es el del inc. d) en donde se refiere a fraguar los libros societarios que no es más ni menos que el delito tipificado en el art. 300, inc. 2º del Cód. Penal.

El art. 60 establece un programa de clemencia o autodenuncia similar al establecido en el art. 9º de la ley 27.401. De hecho, del debate parlamentario surge que se modificó el término “inmunidad” —beneficio que obtiene el imputado que se adhiere— que estaba proyectado en un inicio, por el de exención de pena, a fin de unificar criterio con la llamada Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (18).

high-level personnel with price fixing authority in the corporation will be involved. For these reasons, it doesn't absolve a corporation from or give a corporation credit for what happened before, but a corporation will get credit for any subsequent changes in the corporation". Ver en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf).

(18) Al respecto, el diputado Brügge indicó que “...en este párrafo estaría mal utilizado el término ‘inmunidad’. Del mismo modo, recientemente esta Cámara actuó en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, respecto de las cuales establecimos

De cumplirse con los requisitos, se exime de pena administrativa y penal a la persona jurídica, como a la física. Es lo que en el derecho penal se llama excusa absolutoria, la cual se da en aquellos casos que por cuestiones de política criminal el legislador exceptúa la sanción de la conducta. En este caso el fin es colaborar con la investigación.

Como señala Zaffaroni: “Se trata de causas... que excluyen solo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales” (19).

Quizás para el común de las personas no quiere decir mucho ya que los efectos suelen ser similares a la de una exención de responsabilidad o extinción de la acción: en todas ellas el hecho queda impune.

No obstante, en términos éticos difiere la excusa absolutoria del resto de las terminaciones del proceso (prescripción, amnistía, causas de justificación) ya que la reprochabilidad o sanción moral del hecho queda incólume, pero por una cuestión de conveniencia política-criminal el Estado desiste de sancionarla. En términos coloquiales, puede decirse que se “perdona” la pena, pero no se “olvida” que la conducta sigue siendo una infracción o delito (20).

En fin, en un caso asimilable al que se encuentra bajo estudio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “...la acción penal pública no puede renunciarse. El art. 14 de la ley 23.771 instituye una excepción a dicho principio, basada en razones de política legislativa —cuyo acierto o conveniencia es materia ajena a la competencia del tribunal— que permite extinguir la acción penal cuando se satisfaga la pretensión del organismo administrativo...” (Fallos 320:1962).

A diferencia del art. 9º de la ley 27.401, aquí la autodenuncia es considerada “espontánea” aun cuando exista un proceso en trámite pero que “hasta la fecha de la presentación de la solicitud

que, si se tomaban ciertas medidas, se contemplaba una exención de la pena” (consid. 85).

(19) ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, 2ª ed., Ediar, p. 560.

(20) Ello suponiendo que la pena no es un elemento del delito, como alguna doctrina minoritaria lo entiende.

no cuenta con evidencia suficiente”. La ponderación de dicho hecho resulta demasiado discrecional, con lo cual la administración debería establecer normas claras sobre su procedencia. Hasta ese entonces, entiendo que lo más justo —de acuerdo con el principio *pro homine*— es establecer como plazo temporal la resolución de los arts. 40 y 41 de la ley, al igual que lo que sucede con la excusa absolutoria contemplada en el régimen penal tributario (art. 16 del art. 276 de la ley 27.430).

La exención de pena no solo recae en la sanción administrativa sino también en la pena de los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y todo otro delito que “pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas”. Es decir, tienen que guardar una íntima relación con el fin de la ley, no pudiendo abarcar otras situaciones como por ejemplo la falsedad de los libros societarios (art. 300, inc. b)) por evasión tributaria o cohecho.

El primer inciso del art. 300 tipifica el agiotaje y colusión, conductas que concurren con las sancionadas por esta ley. El inc. 2º del mismo artículo tipifica toda modificación de los libros o informes societarios, que en este caso solo está eximida de pena cuando esté relacionada con la conducta anticompetitiva. El art. 309 es un agiotaje financiero, agravado para las sociedades fiscalizadas. Recordemos que mediante el art. 313 se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica para este último delito.

En el congreso se ha discutido la imposibilidad que sea el poder ejecutivo quien decida sobre la exención de la pena de un delito, en lugar del ministerio público fiscal, como titular de la acción pública (21). Al respecto, entiendo que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia tiene facultades para expedirse sobre la

(21) Al respecto, el diputado Cabandié entendió que “...mediante esta norma estamos otorgando la acción penal al Poder Ejecutivo, algo que es una flagrante inconstitucionalidad. Obviamente, este párrafo es pasible de ser judicializado y no entra en el razonamiento de nadie. Por lo tanto, entiendo que dicho párrafo debería ser revisado. De lo contrario, anticipo mi pedido de votación nominal para el artículo en consideración” (consid. 84) y continuó diciendo objetando que “...el Ministerio Público Fiscal no tiene ninguna injerencia en algo que le corresponde” (consid. 93).

adhesión al programa de clemencia del imputado, tal como lo hace la AFIP en la extinción por pago en los delitos tributarios (art. 16 del art. 276 de la ley 27.430) y en la adhesión al blanqueo y moratoria de la ley 27.260 y otras amnistías tributarias. Por tal motivo, constatada y aceptada la adhesión al programa de clemencia, el órgano administrativo se exime la obligación de denunciar el delito (art. 177 del Cód. Proc. Penal).

Solo para el caso que se haya realizado una denuncia penal por los arts. 300 y 309 del Cód. Penal por los hechos que fueron objeto de la adhesión al régimen de clemencia, deberá plantearse una excepción de falta de acción ante el juez federal —penal económico en Capital Federal—, que es el único que tiene competencia para resolver sobre la subsistencia de la acción, con efecto de cosa juzgada.

El art. 66 establece cuales son todas las resoluciones recurribles de manera taxativa, pero también deberían abarcar todas aquellas medidas que causen un gravamen de imposible reparación ulterior (art. 449 del Cód. Proc. Penal).

El art. 72 establece el plazo de prescripción de 5 años, diferenciándose al de 2 años del Cód. Penal para los delitos reprimidos exclusivamente con multa (art. 62, inc. 5º). Sin embargo, muchas veces resulta de suma importancia el plazo a partir del cual comienza a contarse la prescripción. La ley bajo análisis se refiere que en “las conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión”, lo cual resulta similar al art. 63 del Cód. Penal. El término “continuo” equivale, según la doctrina y jurisprudencia penal mayoritaria, a “permanente”. Este se refiere al momento de la consumación de la acción que puede ser instantáneo, instantáneo de efectos permanentes o permanente (que perdura en el tiempo su consumación).

Dicho concepto se diferencia del delito “continuado”, el cual se refiere al concurso de delitos, que puede ser real, ideal o continuado. Este último trata de hechos diferentes, que, al ser realizados bajo un mismo designio criminal, la ley los considera como parte de un único delito. Para reputarse como tal, debe tratarse

del mismo objeto, sujeto y finalidad. A modo de ejemplo, suele hacerse referencia al caso en donde el imputado roba las perlas de un collar por separado a fin de hacerse con el collar entero. Si se considera a cada robo de las perlas como un delito independiente entre sí, se acumularía la pena para el delincuente, lo cual en ese caso hubiera sido más conveniente robar el collar entero. Por tal motivo, a fin de evitar dicha injusticia por ser el mismo reproche de la conducta disvaliosa en ambos casos, es que se desarrolló el concepto de delito continuado. A los efectos de la prescripción resulta importante ya que si reputamos cada hecho como independiente entre sí (concurso real), la prescripción corre por separado para cada hecho.

Por último, en cuanto al art. 79 de la ley que establece la subsidiariedad del Cód. Penal y del Cód. Proc. Penal, me remito a lo ya analizado. No obstante, hago la salvedad que lo manifestado hasta aquí podrá modificarse en cuanto corresponda, de sancionarse el proyecto de Cód. Penal en trámite y de entrar en vigencia el Cód. Proc. Penal sancionado en 2015 por la ley 27.063.

IV.3. Algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A continuación, esbozaré brevemente algunos fallos de la CS en donde se pondera la aplicación de los principios penales en el régimen de defensa de la competencia u otros similares, que también contienen una clausura de suplertoriedad del ordenamiento jurídico penal.

i) Supletoriedad: En primer lugar, es preciso hacer referencia al caso “Auchán Argentina SA y Wonderland Co. SA s/infracción ley 22.802” —30/5/2006—, Fallos 329:1951, en donde la CS, remitiéndose al dictamen del procurador, indicó que no corresponde aplicar las normas generales del Cód. Penal cuando surge la solución del sistema particular de la ley especial, ya sea de su letra o de su espíritu. Al respecto, el art. 4º del Cód. Penal establece la misma subsidiariedad del Cód. Penal respecto de las leyes penales especiales. En el caso de la ley 27.442, situaciones como el plazo o interrupción de la prescripción (Cap. XII), ya se encuentran previstas en gran medida, por lo que no es nece-

sario recurrir a lo que diga el Cód. Penal, a excepción de lo mencionado en el título anterior.

ii) Delito de resultado o de peligro: En el caso “A. Gas SA y otros c. AGIP Argentina SA y otros s/ inf. ley 22.262 —23/11/1993—, Fallos 316:2561” la CS interpretó que la infracción que refiere el art. 1º en cuanto a que la conducta “pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (idéntico al actual articulado) se trata de un delito de peligro. Es decir, que el delito se consuma con la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que sea necesario un resultado. Esta elaboración surge de la doctrina y jurisprudencia penal basada en la clasificación de los tipos penales del Código, pero no se encuentra normativizado en disposición alguna.

iii) Competencia y juez natural: El principio general del derecho penal es que es competente el tribunal en donde se consumó el ilícito (22) y en donde terminó de ejecutarse en los casos de ser un delito continuado o permanente (art. 37 del Cód. Proc. Penal). No obstante, en aquellos casos en donde la ejecución resulta difusa, la CS le ha otorgado competencia al lugar en donde tiene domicilio el imputado por una cuestión de economía procesal y a fin de facilitarle la defensa al imputado (23). El art. 18 del Cód. Proc. Penal establece como principio general la competencia territorial de las leyes penales, a la vez que extiende expresamente dicho principio a las contravenciones.

iv) Derecho a la doble instancia: En el caso “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina s/ infracción a la ley 22.802” —causa nro. 38.104—, 27/6/2000, Fallos 323:1787, la mayoría de la CS resolvió contrario con el proceder del principio de la doble instancia judicial. Al respecto, lo fundó en que “La aplicación de los arts. 8º, inc. 2º, apart. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final

(22) Cabe hacer alusión a que el art. 18 del Cód. Proc. Penal establece como principio general la competencia territorial de las leyes penales, a la vez que extiende expresamente dicho principio a las contravenciones.

(23) CS, 30/8/1988, “Compañía Casco SAIC s/infracción ley 22.262”, Fallos 311:1717.

dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de un delito’ por lo que resultan ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones (art. 27, inc. 3º, Cód. Proc. Penal) o infracciones administrativas” y sigue diciendo que “Cuando la ley 22.802 prevé en su art. 22 que la apelación será ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico está cumpliendo con la exigencia de efectuar un control de la legalidad del acto administrativo y, si esa decisión es inapelable, queda expedita la vía del recurso extraordinario federal”.

Entiendo que, con la evolución actual de la jurisprudencia, este caso no puede ser admitido. Los pactos internacionales en la materia son de aplicación irrestricta en la materia conforme la jurisprudencia actual de la CS que ya fuera citada. Es más, al referirse que la Cámara de Apelaciones debe hacer un control de “legalidad” de la sanción, resulta a toda luz inconstitucional ya que no admite una revisión judicial genuina que solo se garantiza con el análisis integral de lo que fue materia de recurso.

Su procedencia debería darse aún más en los casos en donde la intensidad de la sanción hace que pueda equipararse a una sanción penal, tales como multas cuantiosas que son comunes en esta materia, o inhabilitaciones que hacen peligrar la misma subsistencia de la entidad. Recordemos que hay delitos cuya sanción es exclusivamente la multa y que, en algunos ca-

sos, la sanción administrativa suele ser muy superior a la establecida por el tipo penal. Es más, algunas conductas que son sancionadas por la ley 27.442, también pueden ser tipificadas en los delitos del art. 300 y 309 del Cód. Penal, por lo que se posibilitaría por otra vía la doble instancia.

En este sentido se expresó la minoría (votos de los jueces Petracchi y Bossert) quienes entendieron procedente el recurso extraordinario debió abrirse ya que se cuestionó el alcance que debe otorgarse a la garantía de la doble instancia y en la aplicabilidad de las garantías del derecho penal a las sanciones administrativas —entre las cuales se encuentra el “derecho al recurso” (art. 8º, inc. 2º apart. h), Convención Americana sobre Derechos Humanos)—.

V. Conclusión

La subsidiariedad del ordenamiento penal demuestra la clara voluntad del legislador en preservar los derechos constitucionales del ciudadano contra el *ius puniendi* del Estado. Dicho régimen y no el administrativo sancionador, es el que mejor lo garantiza en la práctica.

La Sala Especial que se cree dentro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, tendrá el desafío de velar por el cumplimiento de los principios antes expuestos. Menos dificultad tendrán los jueces federales del resto del país, ya que tienen diversas competencias, inclusive las penales.

El paso del tiempo y la defensa de la competencia: reflexiones sobre la prescripción de las acciones que nacen de la ley 27.442

SEBASTIÁN HEREDIA QUERRO (*)

“Legal advice is often just a prediction of what a judge and jury will do in a future case”
(HOLMES, Oliver Wendell, “The path of the law”, *Harvard Law Review*, 10, 1987, p. 457)

I. Introducción. Interrelación entre las leyes 26.994 y 27.442

La ley 27.442, publicada en el BO el 9/4/2018 (“LDC”), legisla sobre la prescripción en su Capítulo XII, arts. 72 y 73(1). A su turno, el dec.

regl. 480/2018, publicado en el BO el 24/5/2018 reglamenta solo el art. 72(2), fijando el *dies a quo* aplicable para demandar la indemnización de daños y perjuicios causados por conducta anticompetitiva.

La derogada ley 25.156 legislaba la prescripción en sus arts. 54 y 55 contemplando dos cau-

(*) Abogado por la Universidad Católica de Córdoba (UCC). Magister en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Especialista en Corporate Finance & Law por ESADE Business & Law School, donde también cursó el Program for Management Development (PMD). Director del Curso de Posgrado en Derecho Empresarial de ICDA Escuela de Negocios de la UCC y Director Ejecutivo del Centro de Emprendedorismo e Innovación de la misma casa.

(1) Art. 72.— Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años desde que se cometió la infracción. En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis.

Para el caso de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplada en el art. 62 de la presente ley, el plazo de prescripción, según corresponda, será de:

a) Tres (3) años a contarse desde que (i) se cometió o cesó la infracción o (ii) el damnificado tome conocimiento o pudiese ser razonable que tenga conocimiento del acto o conducta que constituya una infracción a la presente ley, que le hubiere ocasionado un daño; o

b) Dos (2) años desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad Nacional de la Competencia.

Art. 73.— Los plazos de prescripción de la acción se interrumpen:

-
- a) Con la denuncia;
 - b) Por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley;
 - c) Con la presentación de la solicitud al beneficio de exención o reducción de la multa prevista en el art. 60;
 - d) Con el traslado del art. 38; y
 - e) Con la imputación dispuesta en el art. 41.

La pena prescribe a los cinco (5) años de quedar firme la sanción aplicada.

Para el caso de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplados en el art. 62 de la presente ley, los plazos de prescripción se suspenderán cuando la Autoridad Nacional de la Competencia inicie la investigación o el procedimiento relacionado con una infracción que pudiese estar relacionada con la acción de daños. La suspensión de los plazos terminará cuando quede firme la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia o cuando de otra forma se diere por concluido el procedimiento.

(2) Art. 72, dec. 480/2018.— Para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios se tendrá en cuenta el que ocurra último de los presupuestos contemplados en el inc. a) del art. 72 de la ley 27.442.

sales de interrupción y sin regular ninguna causal de suspensión en el propio texto (3).

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 (Cód. Civ. y Com.) regula la prescripción en el Libro VI (Disposiciones comunes a los derechos personales y reales), Título I (Prescripción y caducidad), Capítulos I y II (Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva y prescripción liberatoria), respectivamente (4).

Como primera aproximación preliminar a la interrelación entre las leyes 26.994 y la LDC en materia de prescripción, señalase que el plazo de prescripción de las acciones que nacen de la infracción al nuevo régimen antitrust coincide con el plazo genérico de prescripción del Cód. Civ. y Com. (5): 5 años.

También prescribe a los 5 años la pena impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), contados desde la firmeza de la sanción impuesta conforme a los arts. 55, 57 y 58 (6). Aquí la LDC distingue entre prescripción de las infracciones, y prescripción de las sanciones, siguiendo un pacífico criterio europeo ya vigente en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004 de la Comisión Europea, tomado a su vez del Reglamento 2988/74 (7).

Se entiende que el plazo de prescripción de 5 años del art. 72 LDC es aplicable tanto a las infracciones que generan la imposición de sanciones previstas en los arts. 55, 57, 58 y 59

LDC (8), como a la acción judicial para solicitar la imposición de la multa civil prevista en el art. 64 LDC, dado su claro carácter sancionatorio, y no indemnizatorio.

Como segunda aproximación preliminar, el plazo de prescripción de la acción prevista en el art. 62 LDC para demandar la indemnización de daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas también coincide con el plazo especial estipulado por el Cód. Civ. y Com. para reclamar indemnización derivada de la responsabilidad civil: 3 años (9). Ahora bien, en este caso la determinación del *dies a quo* presenta particularidades que serán analizadas en el presente, debiéndose destacar que el plazo de prescripción se reduce a 2 años cuando la sanción impuesta por el TDC queda firme (10).

Como tercera aproximación preliminar, con relación al art. 2537, Cód. Civ. y Com. (11) y dado que el plazo de prescripción de infracciones antitrust es el mismo en las leyes 25.156 y en la LDC, se entiende que lo previsto en el segundo párrafo del art. 2537, Cód. Civ. y Com. no es aplicable a las infracciones antitrust. Ahora bien, deberá analizarse la aplicación del segundo párrafo del art. 2537, Cód. Civ. y Com. al plazo de prescripción de la acción del art. 62 LDC previsto en el art. 72 inc. a) LDC solo en la medida que el plazo aplicable se haya cumplido y no haya sido interrumpido, debido a, por un lado, las relevantes modificaciones que la ley 26.994 introdujo en materia de plazos de prescripción y, por el otro, la trascendente

(3) Art. 54, ley 25.156 - Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben los cinco (5) años.

Art. 55, ley 25.156 - Los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley.

Nótese que *in re* "Auto Gas SA c. YPF SA y otro s/ordinario", citado *infra* en nota 77, se aplicó el derogado art. 3982 bis del Cód. Civil, suspendiendo el plazo de prescripción de la acción prevista en el art. 51 ley 15.156. Este criterio ha tenido recepción legal en el art. 73 LDC.

(4) Arts. 2532 a 2564, Cód. Civ. y Com.

(5) Art. 2560, Cód. Civ. y Com.

(6) Art. 72, *in fine*, LDC.

(7) VELASCO SAN PEDRO, Luis A. (coord.), *Derecho europeo de la competencia*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 414.

(8) En similar entendimiento, pero en referencia al art. 54 de la derogada ley 25.156, cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 392.

(9) Art. 2561, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.

(10) Art. 72, inc. b), LDC.

(11) Art. 2537, Cód. Civ. y Com. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.

Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

unificación de la responsabilidad aquiliana y contractual.

Finalmente, nótese que la LDC legisla causas específicas de suspensión (12) e interrupción (13) de la prescripción, que serán objeto de análisis particular seguidamente.

II. Prescripción de las infracciones a la LDC: *dies a quo*. Perspectiva comparada

Como se anticipó, prescriben a los 5 años las infracciones a la LDC, y el plazo comienza a correr desde que se cometió la infracción, o desde que cesa la conducta (14) anticompetitiva si se tratare de conductas continuas (15).

Debe destacarse que tanto el art. 72 LDC como el art. 63 del Código Penal argentino (Cód. Penal) prevén la existencia de conductas continuas, es decir, ilícitos desplegados a lo largo del tiempo y que no constituyen una conducta aislada. Por aplicación supletoria del art. 63 Cód. Penal, el plazo de la prescripción del art. 72 LDC igualmente comenzaría a co-

rrer desde la medianoche del día en que cesó la conducta anticompetitiva continuada.

En Estados Unidos de Norteamérica prescriben a los 4 años las acciones civiles por infracciones antitrust (16), pero la Corte Suprema ha admitido una excepción a dicho plazo cuando los daños causados se habrían considerado especulativos o de difícil prueba si se hubiera demandado dentro del plazo de 4 años (17). Existe también una causal de suspensión del plazo de prescripción durante todo el tiempo que transcurra mientras se litiga una acción antitrust civil o penal interpuesta por el Gobierno, con más 1 año contado desde la finalización del procedimiento (18). Como una particularidad del sistema jurídico del *common law*, las acciones antitrust iniciadas por el Gobierno o particulares solicitando *equitable relief* no están sujetas a ningún plazo de prescripción (19).

Colombia estableció un plazo de caducidad de 5 años para sancionar conductas anticompetitivas (20). En Chile, con la reforma de 2016 se fijó un plazo de prescripción de 10 años a la acción penal por colusión, plazo que corre desde que queda firme la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (21), prescribiendo la infracción a los 5 años con la salvedad que el plazo no comienza a correr mientras se mantengan los efectos en el mercado (22). Prescriben a los 3 años las demás infracciones anticompetitivas y a los 2 años las multas impuestas (23).

(12) Art. 73, *in fine*, LDC.

(13) Art. 73, incs. a), b), c), d) y e), LDC.

(14) Según qué tipo de conducta anticompetitiva sea, se tratará de una acción (e.g., abuso de posición dominante) o bien de una omisión (e.g., negativa injustificada de venta), o bien de conducta que incluya unas y otras (e.g., cartelización que incluya negativas de ventas).

(15) La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico interpretó que los actos que impiden u obstaculizan el acceso a un mercado son comportamientos que perduran en el tiempo y que, por ende, no pueden prescribir hasta no haber cesado. *In re* "Torneos y Competencias SA s/22.262" del 4/5/2007.

En relación con la cartelización, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia con fecha 13/8/2015, *in re* "Honda Motors Argentina SA y otros c. Estado Nacional - Secretaría de Comercio s/recurso directo ley 25.156" interpretó que para que se configure el hecho continuado, se requiere que exista una pluralidad de hechos, que cada uno viole la misma disposición legal, y que tales violaciones se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución, razón por la cual, el cómputo del plazo liberatorio no comienza mientras perdure tal forma de consumación. No es posible considerar que el momento de consumación de la infracción hubiera sido el de la supuesta concertación de un acuerdo colusivo, siendo que no se trata de una única conducta instantánea, sino que el mismo necesariamente debió haber sido ejecutado en distintos momentos y con diversas acciones en un extenso período temporal.

(16) Cfr. *Clayton Act*, art. 15.b. Prescriben a los 5 años las acciones penales.

(17) Antitrust Analysis, "Problems, Texts, Cases", Phillip Areeda y Louis Kaplow, ed. Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York, 1997, p. 98, citando el caso "Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research", 395 US 100, 130-131 (1969).

(18) Cfr. *Clayton Act*, Art. 5.b. Ampliar en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3546&context=uclev>, disponible al 31/7/2018.

(19) Antitrust Analysis, "Problems, Texts...", cit., p. 100.

(20) Ley 1340 de 2009, art. 27.

(21) Ley 20.945 de 2016, art. 65.

(22) Dec.-ley 211, art. 20, cfr. texto refundido disponible al 31/7/2018 en el siguiente link: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.

(23) *Ibidem*.

En Uruguay, las acciones que tienen su origen en la realización de prácticas prohibidas por la ley 18.159 prescriben a los 5 años de verificadas las mismas, tanto en lo que respecta a la potestad pública de investigar y sancionar a los responsables, como al derecho de los perjudicados directamente por las mismas a obtener el resarcimiento de los daños padecidos. La prescripción se interrumpe con el acto que dispone la iniciación de un procedimiento de oficio o con el acto que ordena dar vista de la denuncia al presunto responsable (24). En Perú también prescriben a los 5 años las infracciones que violan la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y a los 3 años las sanciones impuestas (25).

III. Causales de interrupción del plazo de prescripción

El plazo de prescripción para accionar por infracciones anticompetitivas está sujeto a cinco causales de interrupción dispuestas en el art. 73 LDC, tres causales dependen de actos de terceros (la denuncia, el traslado del art. 38 y la imputación del art. 41), mientras que dos causales dependen de la propia actividad del presunto responsable (la comisión de otro hecho sancionado por la LDC y su solicitud de clemencia conforme al art. 60).

Se entiende que la enumeración de causales de interrupción contenida en la LDC es taxativa, y sin dudas presenta una superadora redacción *vis à vis* el art. 55 ley 25.156, redacción que no permite aceptar una tesis de enumeración ejemplificativa de causales de interrupción, excepto por lo previsto más abajo en el apartado V.4. (26).

III.1. Interrupción de la prescripción por denuncia

La denuncia puede ser realizada por personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, y debe ser ratificada bajo apercibimiento de ser

archivada (27). Debe contener el nombre y domicilio del presentante; el objeto de la denuncia, diciéndola con exactitud; los hechos considerados, explicados claramente (28); el derecho en que se funde expuesto sucintamente; y el ofrecimiento de los medios de prueba considerados conducentes para el análisis de la denuncia.

La interrupción de la prescripción operará en la fecha de ratificación de la denuncia — y no en la fecha de su presentación — y el efecto interruptivo está sujeto a que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas (SICA) la estime pertinente y corra el traslado del art. 38 al presunto responsable. Por el contrario, si el SICA estima que la denuncia es impertinente, podrá solicitar al TDC su desestimación mediante resolución fundada que debe ser notificada fehacientemente al denunciante, y una vez firme este (29), se eliminará el efecto interruptivo de tal denuncia (30).

(27) Art. 35, LDC. El dec. regl. 480/2018, al reglamentar el art. 35, dispone que el TDC puede archivar la denuncia ante la incomparecencia del denunciante a la audiencia de ratificación, o bien decidir continuar de oficio la investigación.

(28) El dec. regl. 480/2018 dispone que deben detallarse los mercados afectados por la conducta denunciada, pudiéndose otorgar un plazo de 3 días para que el denunciante subsane omisiones en este particular, bajo apercibimiento de archivo de denuncia decidida por el TDC mediante resolución fundada.

(29) Conforme al art. 66 incs. d) y 67, LDC la desestimación de la denuncia decidida por el TDC luego de brindadas las explicaciones del art. 38 o bien de instruido el sumario conforme al art. 38, es apelable con efecto devolutivo por el denunciante ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia a constituirse en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (CNFed. Civ. y Com.), o ante la Cámara Federal que corresponda para el Interior del país.

Se interpreta que en la fecha en que queda firme la desestimación de la denuncia, se elimina el efecto interruptivo tanto de la denuncia como del traslado del art. 38 si hubiera existido.

(30) Durante la vigencia de la ley 25.156, la CS se pronunció sobre el archivo de la denuncia con fecha 29/11/2011 in re “Moda SRL s/ solicitud de intervención”, oportunidad en la cual confirmó una sentencia de la CNPenal Económico que había anulado el archivo de una denuncia decidido por la CNDC ante la falta de ratificación de la misma, y no por el Secretario de Comercio Interior. Allí se sostuvo que hasta tanto no se constituya el TDC (de la ley 25.156), solo el secretario de Comercio

(24) Ley 18.159, art. 28.

(25) Dec. leg. 1034, arts. 42 y 45.

(26) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156, comentada y anotada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 564 sostienen la no taxatividad de las causales interruptivas al comentar el art. 55 ley 25.156.

III.2. Interrupción por el traslado del art. 38 LDC y por la imputación del art. 41 LDC

Una denuncia ratificada y estimada procedente por el SICA, obliga a este a correr traslado al presunto responsable por 15 días de la denuncia y de la prueba ofrecida, solicitando explicaciones de la conducta denunciada.

Se entiende que la prescripción de la acción vuelve(31) a ser interrumpida en la fecha del proveído obrante en el expediente en la que el SICA dispone el traslado del art. 38 LDC, y no en la fecha de la notificación del traslado al presunto responsable.

Una vez contestado el traslado(32) por el presunto responsable y ofrecidas las explicaciones de la conducta denunciada, el mismo SICA(33) resuelve si abre un sumario para investigar la denuncia, o bien si solicita al TDC la desestimación de la denuncia. Si decide abrir un sumario, el SICA dispondrá las medidas procesales del art. 40 LDC que deberán diligenciarse en el plazo de 180 días hábiles administrativos(34), pero nótese que la apertura

tenía facultades para archivar denuncias, ya que se trata de facultades resolutorias y no de investigación e instrucción, que eran las legalmente confiadas a la CNDC.

(31) El curso de la prescripción de la acción que nace de la infracción anticompetitiva habrá sido interrumpido una vez antes, en la fecha ratificación de la denuncia. Entre esta fecha y la fecha en que el SICA decide correr traslado de la denuncia podrá transcurrir un largo período de tiempo, pudiendo incluso cumplirse todo el plazo de la prescripción de la infracción. El curso de la prescripción volverá a ser interrumpido en la fecha del traslado del art. 38 LDC.

(32) El art. 39 LDC refiere a "contestada la vista". Es un error, ya que procesalmente se trata de un traslado que debe contener la denuncia, su ratificación y las pruebas ofrecidas y que permite al presunto responsable ejercer el derecho de defensa, por lo que la falta de contestación del traslado acarrea consecuencias jurídicas distintas (y más gravosas) que la falta de contestación de una vista.

(33) Pareciere existir alguna contradicción entre los arts. 39 y 40 LDC, ya que el primero pareciere indicar que el SICA es quien acepta o rechaza las explicaciones brindadas luego del traslado del art. 38; pero el art. 40 indica que es el TDC, previo dictamen del SICA, quien tiene la facultad de decidir aceptar las explicaciones brindadas al contestar el traslado del art. 38. La reglamentación no hecha luz sobre el particular.

(34) Cfr. arts. 36 y 40, LDC.

de sumario *per se* no tiene eficacia interruptiva respecto del plazo de prescripción que habrá vuelto a correr el día siguiente a aquel en que se dispuso el traslado del art. 38 LDC.

Una vez instruido el sumario, es el TDC quien, previa opinión del SICA, decidirá si acepta las explicaciones brindadas o si considera que existe falta de mérito para proseguir, disponiendo el archivo de la denuncia por resolución fundada que debe notificarse al denunciante; o bien si imputa una conducta anticompetitiva a los presuntos responsables en los términos del art. 41 LDC mediante resolución fundada y con indicación precisa de las conductas que se le atribuyen(35), para que en un plazo de 20 días ofrezcan descargo y las medidas de prueba de las que se valdrán. En la fecha del proveído recaído(36) en el expediente en que se disponga la imputación conforme al art. 41 LDC opera una nueva(37) interrupción del curso de la prescripción.

III.3. Interrupción por solicitud de clemencia. *Amnesty plus*

La solicitud de clemencia, una vez concedida por el TDC, constituye un reconocimiento expreso en los términos del art. 2545, Cód. Civ. y Com. de una conducta anticompetitiva por parte de su autor, y como tal tiene eficacia interruptiva retroactiva a la fecha en que se haya solicitado el marcador(38) y en contra de todos(39) los partícipes en la conducta delatada, por tratarse de obligados solidarios conforme al art. 65 LDC.

(35) Dec. 480/2018, art. 41.

(36) Se interpreta que la interrupción del curso de la prescripción tiene lugar en la fecha del proveído que decide imputar, y no con la notificación de la imputación al presunto responsable.

(37) En este momento procesal, el curso de la prescripción de la acción que nace de una infracción anticompetitiva habrá sido interrumpido por tercera vez: al ratificarse denuncia, al correrse el traslado del art. 38 y al disponerse la imputación del art. 41 LDC.

(38) El TDC debe reglamentar y administrar el Registro Nacional de Marcadores, de conformidad con la reglamentación del art. 60, LDC.

(39) En función del art. 65, LDC, relacionado con el art. 2549, Cód. Civ. y Com.

Por el contrario, el rechazo de una solicitud de clemencia no tiene eficacia interruptiva del curso de la prescripción y, dado que la información acompañada por el peticionante no puede ser utilizada por la Autoridad Nacional de la Competencia por mandato expreso del art. 60 LDC, no podría ser utilizada para iniciar, de oficio, una investigación contra el solicitante.

Téngase presente que las solicitudes de clemencia solicitadas luego de notificada la imputación del art. 41 son rechazadas *in limine*.

Finalmente, si el solicitante reconoce otra conducta anticompetitiva en los términos del art. 60(c) LDC —*amnesty plus* o beneficio complementario en el lenguaje de la LDC—, naturalmente por sus propios actos habrá interrumpido la prescripción de la sanción respecto de la segunda conducta, la que se tendrá por operada en la fecha en que el TDC conceda el beneficio complementario.

III.4. Interrupción por comisión de otro hecho sancionado por la LDC

La comisión de otra conducta anticompetitiva sancionada por la LDC interrumpe el curso de la prescripción solo si existe resolución sancionatoria firme impuesta por el TDC (40), de conformidad con los arts. 55 y 66 LDC, y con efecto retroactivo a la fecha de la infracción (si se trató de una infracción aislada) o del cese de la infracción (si se trata de una conducta continuada), fecha en la cual la segunda conducta sancionada habrá interrumpido el curso de la prescripción de la primera conducta anticompetitiva.

Se trata de una causal interruptiva propia del régimen antitrust, de aplicación específica en función del art. 4º Cód. Penal.

A *contrario sensu*, ni la denuncia de otra conducta —ni el inicio de oficio de una investigación en contra del presunto responsable respecto de dicha conducta—, ni el traslado del art. 38 ni la imputación del art. 41 tienen efi-

cacia interruptiva, esta está sujeta a la efectiva sanción por el TDC.

III.5. Aplicación supletoria del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación ¿por una Cámara Civil y Comercial Federal?

El art. 79 LDC dejó sin efecto el criterio introducido en el año 2014 por el art. 68 de la ley 26.993, que, modificando el art. 56 de la ley 25.156, estableció la aplicación de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y de su reglamentación para los casos no previstos en la ley 25.156 (41).

Fiel al estilo pendular argentino, la LDC vuelve al viejo criterio del año 1999 (42) y rechaza de plano la aplicación supletoria de la ley 19.549. Sin embargo, genera cierta incertidumbre si los vocales de una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal se sentirán cómodos aplicando legislación penal, justamente en casos de silencio de la LDC. Téngase presente que, históricamente, desde 1980 y por disposición del art. 27 de la ley 22.262 el fuero recursivo ha sido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico justamente por la aplicación supletoria de legislación de fondo y ritual penal (43), y por la naturaleza

(41) El art. 56 de la ley 25.156, desde su sanción en 1999 y hasta su modificación en 2014, disponía la aplicación en los casos no previstos por esta ley y su reglamentación del Cód. Penal y del Cód. Proc. Penal en cuanto sean compatibles con las disposiciones de esta ley. Este trascendente cambio legislativo del año 2014 suscitó fallos interesantes, tal como el recaído *in re* "Recurso de apelación en causa Pirelli & CSPA y otros s/notificación art. 8º ley 25.156 - incidente de apelación de la resolución SCI nro. 2/10 en concentración 741", dictado el 24/2/2016 y disponible al 31/7/2018 en este link: http://www.cndc.gob.ar/buscador/archivos/pirelli_fallo.pdf.

(42) Art. 79, LDC.— Serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Cód. Penal y el Cód. Proc. Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549.

(43) No sin ciertos conflictos positivos de competencia registrados con la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, en menor medida, con la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. El fuero federal Civil y Comercial ha salido triunfante en la puja competencial.

(40) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 566 abonan esta interpretación al comentar el art. 55 de la ley 25.156.

penal de la sanción impuesta bajo el régimen antitrust (44).

Ahora bien, conforme al tenor literal del art. 79 LDC la eventual aplicación supletoria del Cód. Penal y el Cód. Proc. Penal está sujeta a la existencia de casos o situaciones *no previstos* por la propia LDC, y a todo evento, la aplicación supletoria está condicionada por la compatibilidad entre el Cód. Penal —norma general— y la LDC —norma especial—.

En materia de prescripción de infracciones antitrust, cabe interpretar que no existen situaciones no previstas por la LDC, toda vez que es clara la legislación en materia de plazos de prescripción, *dies a quo*, causales de interrupción y de suspensión (45). Si se acepta el argumento, con la sanción de la LDC ya no es posible entonces invocar la aplicación de las causales interruptivas del art. 67 del Cód. Penal respecto de las infracciones contenidas en la propia LDC. Es pacífica la interpretación doctrinaria que sostiene que el plazo de prescripción de la ley especial —LDC— es aplicable por sobre el plazo genérico de prescripción de 2 años para la acción penal para delitos reprimidos con multa del Cód. Penal —ley general— (46).

Ello debe ser así dado que la LDC es una ley especial que no consagra ninguna iniquidad o irrazonabilidad manifiesta, y representa una solución constitucionalmente posible que se ajusta a la potestad del Congreso de diseñar diversos regímenes según las características de la actividad que se legisla, adecuándose al art. 4º del Cód. Penal, por lo que en la materia no corresponderá aplicar las normas generales del

Cód. Penal respecto de infracciones sancionadas por leyes especiales (47).

Ahora bien, respecto de las conductas tipificadas en los arts. 300 inc. 1) (48) y 309 inc. a) (49) Cód. Penal, de configurarse, el plazo y curso de la prescripción quedarán sujetos a lo dispuesto de manera específica en el Cód. Penal.

Sin embargo, en el supuesto que el Congreso optase por criminalizar nuevas conductas antitrust sancionando un nuevo Cód. Penal (50), se interpreta que, respecto de la acción penal

(47) *In re*, “Romfioc SRL”, del dictamen del procurador fiscal al que remite la CS, en causa R142L.XLIX. Criterio que el autor comparte.

(48) Art. 300, Cód. Penal. Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

(49) Art. 309.-1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que: a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio.

(50) Téngase presente que la versión original del texto de la LDC proponía criminalizar el derecho de la competencia y creaba cuatro figuras penales. Profundizar en la obra del autor “Apuntes sobre el proyecto de nueva ley de defensa y fomento de la competencia para la República Argentina”, disponible al 31/7/2018 en el siguiente link: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/1-defensa.pdf>.

Por otro lado, el anteproyecto del Código Penal elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Cód. Penal, creada por el dec. 678/2012 (“APCP”), en su art. 168 proyectó criminalizar ciertas conductas antitrust:

“Distorsión de la competencia

1. Será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa, el que abusando de una posición de dominio, o mediante acciones concertadas entre competidores, impidiere o distorsionare la competencia en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, con acciones dirigidas a:

a) Fijar precios de bienes o servicios.

b) Restringir la oferta o la demanda de bienes o servicios.

(44) Véase *infra* nota 93.

(45) Este ha sido el criterio de la CFed. Mar del Plata, *in re* “Alpamar SA s/incidente de prescripción en autos principales”, expte. 11.768, de fecha 23/8/2010 disponible al 31/7/2018 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/alpamar_sa_s-incidente_de_prescripcion_en_autos_principales_23_de_agosto.pdf.

(46) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 559. El comentario de los autores al art. 54, ley 25.156 es directamente aplicable al art. 72 LDC, quienes en la nota al pie 1080 citan jurisprudencia de la CNPenal Económico interpretando el art. 62 de la ley 22.262.

por el delito anticoncurrencial *per se*, aplicarían en toda su extensión aquellas causales interruptivas o suspensivas que se fijen específicamente en la legislación penal. Hasta tanto la Argentina no criminalice nuevas conductas antitrust, se entiende que la nueva redacción del art. 79 LDC —muy superadora de la antigua redacción contenida en el art. 55 de la ley 25.156— no deja margen de duda ni de aplicación a las causales interruptivas o suspensivas contenidas en el Cód. Penal puesto que prevé, de manera específica, el *dies a quo*, el plazo y los hitos interruptivos o suspensivos del curso de la prescripción liberatoria.

c) Repartir mercados o áreas de suministro o de aprovisionamiento de bienes o servicios.

d) Imponer condiciones diferenciales no habituales para la enajenación de bienes o la prestación de servicios.

2. Las mismas penas se impondrán al que concertare o coordinare posturas en licitaciones o concursos”.

La criminalización de ciertas conductas ya había sido introducida por el legislador en el año 1921 en la ley 11.210 (Represión de la especulación y de los trusts), y sostenida en leyes sucesivas.

En el proyecto de Cód. Penal presentado por el diputado nacional Sergio Massa el 24/11/2014 existen varias normas vinculadas a la distorsión de precios en los mercados, tal como el art. 232 (agiotaje), destacando el Capítulo II “Delitos contra la competencia” del Título VIII “Delitos contra el orden económico y financiero”, que incluía el art. 236 regulando específicamente la cartelización, disponiendo:

“Distorsión de la competencia. Turbación de remates.

1. Será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de un millón (\$ 1.000.000) a cincuenta millones (\$ 50.000.000) de pesos, el que abusando de una posición de dominio, o mediante acciones concertadas entre competidores, impidiere o distorsionare la competencia en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, con acciones dirigidas a:

a) fijar precios de bienes o servicios;

b) restringir la oferta o la demanda de bienes o servicios;

c) repartir mercados o áreas de suministro o de aprovisionamiento de bienes o servicios;

d) imponer condiciones diferenciales no habituales para la enajenación de bienes o la prestación de servicios.

2. Las mismas penas se impondrán al que concertare o coordinare posturas en licitaciones o concursos.

3. La misma pena de prisión se impondrá al que, de manera organizada, mediante actos de violencia o intimidación, o presentando postores remisos, o actuando directamente en tal carácter, turbare o impidiere el normal desarrollo de un remate o subasta privada o judicial.”

IV. Falta de notificación temporánea de una concentración económica: prescripción de la infracción

En el *leading case* patrio en materia de multa por notificación tardía de una concentración económica (51), luego que la Suprema Corte confirmara la multa impuesta por el Secretario de Comercio, y en función de la ya explicada modificación que la ley 26.993 introdujo al art. 56 de ley 25.156, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B (52) recurrió a lo dispuesto en los arts. 9º, 11.2, 15 y 26 del Pacto de San José de Costa Rica, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respectivamente, y aplicó el principio de ley penal (53) más benigna al caso interpretando el *dies a quo* a partir del cual deben computarse los 5 años de prescripción de la infracción y cuáles son las causales de interrupción aplicables.

Con tal razonamiento, y atento la inexistencia de causal interruptiva comprobada, consideró prescripta la acción nacida de la falta de notificación temporánea de una concentración económica. El mismo razonamiento fue aplicado por la misma Sala para declarar la prescripción de la acción en una conducta concertada de negativa de venta (54).

(51) CS, 10/5/2015, *in re* “Pirelli y CSPA y otros s/notificación art. 8º ley 25.156 - Incidente de apelación de la resolución SCI 2/10 en concentración 741”. En el caso se impusieron las siguientes multas: Telefónica SA, \$ 104.692.500; Assicurazioni Generali SpA, \$ 43.414.500; Intesa San Paolo SpA, \$ 17.649.000; Mediobanca SpA, \$ 17.437.000; Sintonía SA, \$ 17.264.000, y Pirelli SpA, \$ 35.520.000.

(52) Expte. nro. S01-0014652/2009, fallo del 24/2/2016, disponible al 28/7/18 en el siguiente link: http://www.cndc.gob.ar/buscador/archivos/pirelli_fallo.pdf.

(53) Es criterio de la CNPenal Económico, confirmado por la Corte Suprema, que la multa por conducta anti-competitiva reviste naturaleza penal, y por ende, al plazo de prescripción de la acción que nace de conducta anti-competitiva se le aplican las causales de interrupción de la acción penal insertas en el Cód. Penal, *in re* “Recurso de hecho Loma Negra Compañía Industrial SA y otros s/ley 22.262”, del 14/8/2013. Este criterio, fijado durante la vigencia de la ley 22.262, no tendría aplicación bajo la vigencia de la LDC.

(54) *In re* “Ford Argentina SA y otro s/apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competen-

En Brasil, el prestigioso Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) registra un antecedente(55) en el cual consideró que la sanción por falta de notificación de una concentración económica prescribe a los 5 años por aplicación del art. 28 de la ley 8884, considerando que no es posible iniciar una investigación sancionadora transcurrido dicho plazo. Nótese que al igual que en Argentina, en Brasil se considera que las sanciones por conducta anticompetitiva tienen naturaleza penal, pero no se considera acto interruptivo el mero inicio de investigaciones preliminares (56).

V. *Private enforcement* y prescripción. Perspectiva comparada

En el III Foro Europeo de la Competencia realizado en Bruselas el 11 de febrero de 2014, Bill Baer, Assistant Attorney General a cargo de la prestigiosa División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) desde 2013 a 2016, señaló que desde el siglo XIX en los Estados Unidos de Norteamérica el combate a las prácticas anticompetitivas se lleva a cabo de manera complementaria por el gobierno Federal, los 55 gobiernos estatales y también por los particulares(57), confiándose en ellos la tutela del interés de todos los consumidores a lo largo de la Nación, o de los consumidores de un Estado en particular, o de los particulares afectados que buscan se les

indemnicen los daños causados por conductas anticompetitivas, respectivamente.

La idea que subyace en este reparto de roles entre el Gobierno Federal, los Gobiernos Estadales y los Particulares afectados es la del principio de ventaja comparativa: cada interesado se concentra en el campo para el cual está mejor posicionado para actuar.

No obstante ello, los Estados (v.gr, las Provincias en el caso de la República Argentina) tienen los mismos derechos que los particulares para iniciar acciones civiles contra empresas cartelizadas, solicitando judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el Estado afectado.

La legislación federal también autoriza las *parens patriae actions*, por las cuales los Estados pueden solicitar indemnización en representación de sus habitantes.

Específicamente con relación a los particulares perjudicados por cartelización, el régimen Federal permite a los damnificados directos(58) (es decir, los compradores directos que pagaron precios cartelizados) accionar en contra de los cartelistas, solicitando que se triplique —*trebling*— la indemnización por los daños y perjuicios probados en juicio, más costas, habiendo entendido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica que “al ofrecerse a los potenciales litigantes la posibilidad de recuperar tres veces los daños sufridos, el Congreso estimuló a los particulares a actuar como “fiscales generales privados” (59).

Bajo el régimen Federal, las empresas que participan de un cártel son solidariamente responsables por los *treble damages*, y en los grandes casos de cartelización, las indemnizaciones pagadas a los particulares perjudicados(60)

cia - Denunciante: Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y otro”, expte. CPE 1634/2014/CA1. Mismo criterio se aplicó también *in re* “Clorox Argentina SA s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ley 25.156” (expte. CPE 595/2015/CA1).

(55) Cfr. GONZAGA FRANCESCHINI, José Ignacio, *Derecho da Concurrencia. Case Law*, 1ª ed., Singular, San Pablo, 2000, p. 1165.

(56) Cfr. GONZAGA FRANCESCHINI, José Ignacio, *Derecho da Concurrencia...*, cit., p. 1173. Lo dispuesto en el arts. 73, inc. a) LDC pareciere fijar un criterio distinto al brasileño, al reconocer naturaleza interruptiva a la mera presentación de una denuncia ratificada por parte interesada. Se interpreta que el inicio de un procedimiento de oficio conforme al art. 35 LDC reviste entidad interruptiva de la prescripción en la fecha del acto administrativo que dispone el traslado de la relación de los hechos al presunto responsable, por el contrario, carece de entidad interruptiva una solicitud de informes en el marco de una investigación de mercado conforme al art. 28, inc. f), LDC.

(57) Consultar ponencia en <http://www.justice.gov/atr/file/517756/download>, disponible al 28/7/2018.

(58) Muchas leyes estatales también permiten al comprador indirecto iniciar acciones por conductas anticompetitivas con derecho a reclamar indemnización triple.

(59) *Vid.* el caso “Hawaii v. Standard Oil Co.”, 405 US 251 (1972), sentencia del 1/2/1972.

(60) Como regla general, los daños y perjuicios que nacen de un cártel internacional en violación al régimen federal antitrust no permiten a extranjeros requerir el

han sido generalmente mayores que los importes de las multas impuestas por el DOJ.

Como regla general, el DOJ no puede colaborar con los abogados de los particulares en materia probatoria por cuestiones de secreto de sumario en la causa penal, pero en la medida que se obtengan condenas en sede penal, estas sirven de *prima facie evidence* en los juicios civiles iniciados contra los cartelistas, por lo que los abogados de los particulares damnificados solo deben probar el daño y su cuantía —tarea nada sencilla en algunos casos—.

Ahora bien, en virtud de una reforma del año 2004, cuando una empresa (y sus empleados y directivos) se acoge al programa de delación anti-cártel, en la medida que coopere en los juicios civiles iniciados por particulares contra las demás empresas cartelizadas, tiene un beneficio adicional al de exención de la multa: limita su responsabilidad civil a su cuota-parte de los daños totales causados, sin tener en cuenta la triplicación de la indemnización —*detribling*— (61), que sí le será exigible —solidariamente— a las empresas que participaron del cártel y no lo delataron.

Finalmente, las acciones civiles iniciadas por los particulares damnificados por la actividad cartelística son generalmente *class actions*, pero es muy frecuente que se ejerza el *opt out* en este tipo de acciones colectivas para probar el daño causado en cada caso particular.

Del otro lado del Atlántico, el desmantelamiento del cártel de los ascensores motivó que la propia Comisión Europea (CE) iniciara una acción civil en contra de las empresas multadas, por haber sido ella misma perjudicada por sobreprecios en la venta, instalación y mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas en sus edificios públicos.

pago de daños triples. Solo se indemnizan daños causados al comercio doméstico.

(61) Cfr. SPAGNOLO, Giancarlo, en su ponencia preliminar titulada “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, disponible al 28/7/2018 en <http://www.learlab.com/conference2005/documents/spagnolo.pdf> señala que la empresa que se acoge al programa de clemencia también está exenta de responder solidariamente por los daños causados a los clientes de las demás firmas cartelizadas.

Esta acción se inició con el afán de abrir el camino judicial para que otros juicios civiles fuesen iniciados por otros terceros perjudicados.

La posibilidad de que el mismo organismo investigador pueda iniciar una acción civil reclamando indemnización de daños y perjuicios por seis millones de Euros fue enviada en consulta al mismo Tribunal de Justicia Europeo, quien validó dicho accionar de la CE (62). Sin embargo, el 24/11/2014 un Tribunal Comercial de Bruselas terminó rechazando la acción por falta de pruebas en relación con el nexo causal y al sobreprecio pagado (63).

Estas dificultades probatorias que aparecieron a la hora de solicitar en sede judicial la indemnización civil de daños y perjuicios causados por un cártel sancionado en sede administrativa, motivaron el dictado de la *Directive on Antitrust Damages Actions* (64) del 26/11/2014, para facilitar el inicio de acciones civiles por parte de terceros perjudicados por actividades cartelísticas, a fines de 2014 se adoptó la Directiva 2014/104/EU, la que deberá ser trasladada a las legislaciones nacionales antes del 27/12/2017.

Esta Directiva contiene una presunción *tantum* de que todo cártel causó daños a quien inicia un juicio civil en busca de la reparación de daños y perjuicios, por lo cual se invierte el *onus probandi*.

Esta Directiva regula tanto acciones individuales como acciones de clase. La Directiva busca facilitar el litigio, posibilitando la exhibición compulsiva de documentación en poder del demandado o de terceros; reconociendo valor de plena prueba a las actuaciones administrativas de Defensa de la Competencia seguidas

(62) Ampliar en http://www.hausfeld.com.php54-1.dfw1-1.websitetestlink.com/Hausfeld_Elevators_Briefing_February_2015.pdf, disponible al 28/7/2018.

(63) Consultar en <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Belgium/Simmons-Simmons/Brussels-court-deals-blow-in-fight-for-damages-against-elevator-cartel>, disponible al 28/7/2019.

(64) El texto en inglés de la Directiva 2014/104/EU puede encontrarse en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html, disponible al 28/7/2018.

por la autoridad de competencia de un Estado Miembro.

La Directiva establece un plazo de prescripción de 5 años que corren desde que el perjudicado toma conocimiento del daño causado, plazo que se interrumpe o suspende si la autoridad de Defensa de la Competencia inicia un procedimiento; el plazo de prescripción se reduce a 1 año desde el dictado de la resolución administrativa sancionatoria por parte de una autoridad nacional de la competencia.

Debe resaltarse que esta Directiva presume que los sobrepuestos se traspasan del proveedor directamente perjudicado por el cártel y al cliente final —indirectamente perjudicado por el cártel—, debiendo el Juez establecer en qué porcentaje el sobrepuesto se traspasó.

La Directiva también reconoce el derecho a exigir la indemnización del daño material, el lucro cesante e intereses; y declara solidariamente responsables a todos los partícipes del cártel, excepto a aquellos que hayan colaborado con la investigación, acogidos al programa de clemencia de la CE, quienes siempre deberán indemnizar a sus clientes directos e indirectos, pero no a terceros.

Debe destacarse que la sanción de solidaridad a los cartelistas puede ser dejada de lado en un caso particular, solo si el responsable puede ser declarado en quiebra para el caso de tener que pagar la indemnización objeto de condena —en este caso, la responsabilidad deja de ser solidaria y se cuantificará en función de su grado de participación en el cártel—.

Es interesante traer a colación un estudio encargado por la CE en el año 2009, que se focalizó en cómo cuantificar los daños causados por casos de cartelización (65), a través de un estudio de cómo distintos tribunales europeos habían abordado tal delicada cuestión.

En este sentido, es interesante un caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de Italia

(65) Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf al 28/7/2018.

en el año 2007 (66), donde se decidió que, para estimar los daños y perjuicios causados por un cártel de fijación de precios, debe aceptarse que el demandante base su acción en la decisión administrativa que condenó la cartelización, y puede presumirse *tantum* que el daño existe si existió un cártel.

Ahora bien, para cuantificar el monto de la indemnización en casos de difícil prueba de los daños sufridos, la Corte entendió que puede recurrirse a lo previsto en el art. 1226 del Cód. Civil italiano: otorgar una indemnización equitativa.

En Austria, también en 2007, se consideró que un cártel de fijación de precios condenado en sede administrativa en 2005, y luego demandado en sede civil, debía indemnizar a los particulares perjudicados en un 22% de la diferencia entre el precio cartelizado, y el precio post-cártel (67).

En Alemania, en el caso de un cártel sancionado en sede administrativa en 2004 (68) y luego demandado civilmente en 2007 por daños y perjuicios, la Corte Federal de Justicia consideró que no era conveniente comparar el precio cartelizado con otro precio para el mismo producto —que también puede estar cartelizado—, sino que era mejor “reconstruir desde cero” el precio que hubiera correspondido cobrar, a través de una pericia contable, tomando en cuenta todos los costos y una rentabilidad razonable.

También en Alemania, en el año 2004 se demandó civilmente a un cártel de fijación de precios y reparto de mercados desmantelado en 2001. A la hora de estimar los daños y perjuicios causados, la Cámara de Apelaciones de Dortmund entendió que los jueces pueden determinar los daños causados, y que debe presumirse que cuando existe un cártel, los precios son mayores, y cuantificó la indemnización tomando

(66) *Ibidem*, p. 6. En el año 2000 la autoridad nacional de Defensa de la Competencia desmanteló un cártel de empresas aseguradoras, probándose que los cartelistas habían concertado una suba del 20% de la prima entre los años 1994 y 1995.

(67) *Ibidem*, p. 53.

(68) *Ibidem*, p. 53. Se trató de un cártel entre empresas vendedoras mayoristas de papel, activo entre 1995 y 2000.

en cuenta el precio cartelizado, y el precio más bajo posterior al cártel (69).

En Argentina, el texto legal es claro en el sentido de permitir acciones civiles *stand alone* (70) sin necesidad de denunciar previamente la conducta ante la ANC, lo que tiene directo impacto en tres cuestiones prácticas: (i) el plazo de prescripción de estas acciones, que es distinto y más breve que el plazo de prescripción de las infracciones anticompetitivas, como se analizará seguidamente; (ii) la incidencia del art. 1775, Cód. Civ. y Com., que impide condenar en sede civil hasta tanto no concluya la investigación de la ANC; y (iii) la extensión de la responsabilidad civil solidaria a otros sujetos distintos del partícipe sancionado, y la necesidad de respetar la garantía constitucional de defensa en juicio (71).

En relación con la prejudicialidad penal en materia antitrust, el suscripto es de la opinión que solo respecto de las conductas descritas en el art. 2º, inc. a)-e), LDC, que configuran casos de *hard core cartels* y *bid rigging*, la responsabilidad de los partícipes es objetiva por presumirse *iuris et de iure* el perjuicio al interés económico general, y por ende es de aplicación el art. 1775, inc. c), Cód. Civ. y Com.

En relación con la ampliación de los legitimados pasivos por responsabilidad antitrust, los administradores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas privadas involucradas son solidariamente responsables con la persona jurídica sancionada, conforme al art. 58 LDC, y legitimados pasivos en los términos del art. 279, ley 19.550 (72) respecto de las acciones civiles individuales o colectivas de indemnización de daños y perjuicios causados.

Asimismo, el controlante de la persona jurídica privada sancionada por conducta an-

ticompetitiva es solidariamente responsable con la controlada respecto de los terceros damnificados por expresa disposición del art. 58 LDC (73), así como también los administradores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, apoderados y representantes legales de la controlante serán, según el caso, personal y solidariamente responsables por los daños causados por su acción u omisión culpable en sus deberes de control, supervisión o vigilancia, y legitimados pasivos en acciones civiles individuales o colectivas de indemnización de daños y perjuicios por violación del arts. 59, ley 19.550 entabladas de conformidad con el art. 279, ley 19.550.

V.1. Acción de indemnización de daños y perjuicios causados por prácticas anticompetitivas

En materia de *private enforcement patrio*, el art. 62 LDC conecta el régimen antitrust con el derecho común, reconociendo lógicamente una acción de naturaleza civil e indemnizatoria a favor del damnificado por una conducta anticompetitiva (74).

Nótese que la anterior ley 25.156 en su art. 51 (75) contenía una disposición prácticamente idéntica, al igual que su predecesora, la

(73) Art. 58, LDC. Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona jurídica, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona jurídica y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

La solidaridad de la responsabilidad podrá alcanzar a las personas controlantes cuando por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. los perjuicios causados.

(74) Art. 62, LDC. Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

(75) Art. 51, ley 25.156. Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y

(69) *Ibidem*, p. 54.

(70) En el mismo sentido, TREVISÁN, Pablo, "Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia", JA 2013-IV, fasc. nro. 4, ps. 3-33.

(71) Dec. 480/2018, art. 58.

(72) Art. 279, ley 19.550. Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.

ley 22.262 (76), no obstante lo cual durante casi 39 años de vigencia de ambas normas, solo se ha intentado, con relativo éxito, una sola acción civil indemnizatoria (77) con causa en un abuso de posición dominante probado y sancionado, que a la fecha del presente se encuentra a estudio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (78).

V.2. *Multa civil a favor del damnificado: ¿Uncapped punitive damages for antitrust liability? Yes*

Como se indicó más arriba, si bien es teórica y jurídicamente posible, lo cierto es que no se registran en Argentina antecedentes eficientes de *private enforcement*.

Para intentar cambiar esta realidad judicial, debe destacarse que la LDC ha creado en su art. 64 (79) un estímulo económico pro-litigio, similar al daño punitivo introducido en 2008 a

perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

(76) Art. 4º, ley 22.262. Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que:

- a) Estuviere firme la resolución prevista en el art. 19;
 - b) Se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el art. 24;
 - c) Se hubiese dictado la resolución prevista en el art. 26;
 - d) Estuviere firme la resolución prevista en el art. 30.
- No obstante, transcurridos dieciocho (18) meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

El plazo de prescripción será de dos (2) años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente.

(77) Cfr. sentencia emitida por el JNac. Primera Instancia en lo Comercial nro. 14, secretaría nro. 27, el 16/9/2009, en el expediente "Auto Gas SA c. YPFA y otros/ordinario", confirmada parcialmente por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

(78) Cfr. el siguiente link, disponible al 28/7/2018: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2017/VAbramovich/mayo/Auto_Gas_CSJ_482_2014.pdf.

(79) Art. 64, LDC. Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás

la ley 24.240 (80), al que denomina *multa civil a favor del damnificado*, pero que, como notable diferencia de aquel, no tiene el ineficiente tope de cinco millones de pesos del art. 47, inc. b) de la ley 24.240.

Se trata de una clara señal a los abogados, quienes ahora podrán también explicar a sus clientes perjudicados por conductas anticompetitivas que, además de solicitar judicialmente una indemnización plena de los perjuicios sufridos, pueden pretender obtener una suma de dinero adicional que no tiene carácter resarcitorio sino sancionatorio, que será fijada por el Juez competente en un proceso sumario, en función de la gravedad de la conducta anticompetitiva sancionada por el TDC, y con independencia de toda otra indemnización jurídicamente procedente.

Como se indicó más arriba, con el fin de incentivar las acciones privadas antitrust, en EE.UU. desde 1890 se triplican las condenas de daños y perjuicios dictadas en acciones privadas antitrust. Sin embargo, el múltiplo fijo (3x) de los *treble damages* ha sido criticado por autorizada doctrina, sugiriendo la ventaja de sustituirlos por una determinación judicial de daños punitivos sin tope (81).

Con esta nueva multa civil sin tope a favor del damnificado, puede sostenerse sin hesitar que, 95 años después de la primera legislación patria antitrust (82), la República reintroduce un *call*

circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

(80) Art. 52 bis, ley 24.240: Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley.

(81) POSNER, Richard A., *Antitrust Law*, 2ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 272.

(82) Ley 11.210, publicada en el Boletín Oficial el 11/9/1923.

to action para incentivar a los damnificados por conductas anti-competitivas: en 1923, el criterio de nuestros legisladores era destinar el cincuenta por ciento de la multa impuesta a favor del damnificado como premio por su denuncia (83); en 2018 pone sobre la mesa la posibilidad de solicitar una condena judicial de daños punitivos sin tope.

V.3. Prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por prácticas anticompetitivas

El plazo de prescripción de las acciones de *private enforcement* es de 3 años contados desde que (i) se cometió o cesó la infracción continua, o (ii) el damnificado tomó conocimiento o pudiese ser razonable que tenga conocimiento del acto o conducta que constituya una infracción a la LDC que le hubiere ocasionado un daño (84). La reglamentación aclara que el plazo comienza a correr desde lo último que ocurra (85).

El plazo de prescripción será de 2 años desde que queda firme la sanción impuesta por el TDC.

V.3.1. Quid del conocimiento presunto del acto lesivo anticompetitivo

Ahora bien, el curso de la prescripción de acciones de daños y perjuicios por conducta anticompetitiva comienza a correr desde que el damnificado conoce efectivamente el daño causado, o desde que es razonable que conozca el acto lesivo, y esto último puede acontecer tiempo después de cesada la infracción.

Si bien el criterio es conteste con autorizada doctrina que sostiene que si el damnificado ignora la existencia del daño el plazo de prescripción comienza a correr cuando el daño llega al conocimiento del damnificado (86), puede dar lugar al problema de demostrar un conocimiento presunto del damnificado, conocimiento que —en caso de ser persona jurídica privada— debiera basarse en e inferirse

(83) Cfr. art. 9º, ley 11.210.

(84) Art. 72, inc. a), LDC.

(85) Dec. 480/2018, art. 72.

(86) Cfr. la excelente contribución de TREVISÁN, Pablo, "Indemnización de daños...", cit., ps. 3-33.

de la razonabilidad exigible al administrador societario conforme al art. 59, ley 19.550.

Por otro lado, si el damnificado es una persona jurídica privada, se entiende que sus administradores, al aprobar estados contables de ejercicio (87) que reflejen pérdidas en conexión con una conducta anticompetitiva, razonablemente han tomado conocimiento del daño sufrido y desde tal fecha comenzará a correr el plazo de la prescripción.

V.4. Interrupción y suspensión del plazo de prescripción de acciones de private enforcement

El plazo de prescripción de 3 o 2 años se interrumpe por las mismas causales interruptivas estipuladas en el art. 73 LDC, toda vez que ni la ley ni su reglamentación distinguen entre interrupción de la prescripción de la infracción e interrupción de la prescripción de la acción civil. Además, por tratarse de una acción civil, serán de aplicación las causales interruptivas previstas en los arts. 2545, 2546 y 2548, Cód. Civ. y Com.

Finalmente, y con atinado criterio tutelar, el plazo de 3 años queda suspendido durante todo el tiempo que dure la investigación o el procedimiento relacionado con una infracción que pudiese estar relacionada con la acción de daños.

Se entiende que el plazo de suspensión comenzará en la fecha del acto administrativo de la ANC que dispone el inicio de una investigación de oficio conforme al art. 34 LDC, o bien con la ratificación de la denuncia conforme al art. 35 LDC.

La suspensión del curso de la prescripción terminará cuando quede firme la resolución sancionatoria del TDC o, antes de esto, cuando de otra forma se diere por concluido el procedimiento, y este acto administrativo quede firme (88). Lógicamente, para que la suspen-

(87) Se trata de la aprobación del órgano de administración, y no de la aprobación por parte del órgano de gobierno societario, conforme al art. 234, ley 19.550.

(88) La conclusión del procedimiento sin imposición de sanción podrá producirse por cuatro causas: (1) falta de ratificación de denuncia y su consecuente archivo en los términos del art. 35 LDC; (2) desestimación de una denuncia ratificada por ser improcedente en los térmi-

sión beneficie al damnificado deberá existir una razonable relación entre la conducta investigada y la acción de daños de que se trate, lo que a su turno dependerá del tipo de conducta anticompetitiva investigada (89).

VI. Reflexiones finales

Como primera reflexión, puede sostenerse que si bien persiguen distintos objetivos por ser distintos los bienes jurídicos que protegen, se aprecia cierta incongruencia entre los plazos de prescripción de sanciones de tres leyes que debieran funcionar armónicamente: la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario, la ley 22.802 de Lealtad Comercial y la LDC.

Recuérdese que en materia consumeril, las disposiciones de la ley 24.240 deben integrarse con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular, con las leyes 22.802 y —ahora— la LDC (90). Sin embargo, las sanciones que nacen de la violación del Estatuto del Consumidor o del régimen de Lealtad Comercial prescriben a los 3 años (91) mientras que las sanciones por violación de la LDC lo hacen a los 5 años. Esta incongruencia es aún más interesada entre las leyes 24.240 y la LDC, ya que ambas tienen directa fuente constitucional (92), lo cual aconsejaría de *lege ferenda* armonizar plazos y fijar un único plazo de prescripción de 5 años para las sanciones.

Como segunda reflexión, la mejora en la técnica legislativa en materia de prescripción de infracciones antitrust y de acciones de *private enforcement* es notable y aumenta la seguridad jurídica, aunque genera gran incertidumbre el cambio del fuero recursivo histórico (de la CN-

Penal Económico a la CNFed. Civ. y Com.) (93), y es difícil avizorar cuál será el resultado de una eventual aplicación supletoria de la legislación penal por parte de un fuero especializado en lo civil y comercial. Es doctrina pacífica que las sanciones de la LDC (y de sus predecesoras 22.262 y 25.156) son propias de derecho penal

(93) La lucha por la competencia del fuero recursivo de las grandes causas antitrust es una vergüenza nacional, solo igualada por los 15 años de inconstitucionalidad por omisión en los que el TNDC de la ley 25.156 no fue constituido. Para una acabado análisis de “la lucha de las cámaras”, véase CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 553 y los autores allí citados.

La optimización del fuero recursivo en asuntos antitrust fue analizada en profundidad en 2011 por el autor, en su tesis para optar al grado de magister en Derecho Empresario de la Universidad Austral titulada “El control de los actos de concentración económica”, inédita. En aquel momento se propuso que, una vez creado el TNDC previsto en la ley 25.156, las decisiones del TNDC sobre concentraciones económicas fueran susceptibles de un recurso directo ante la CS, ya que el acto administrativo de prohibición o condicionamiento de una operación de concentración no tiene naturaleza penal, a diferencia de la sanción de multa por conductas anticompetitivas.

La acordada nro. 36/2009, emitida el 9/9/2009 por la CS, en alguna medida reconoce el rol de regulador económico que la CS es llamada a jugar a la hora de sentenciar. Específicamente para asesorarse en sentencias que atañan, entre otras cosas, a la defensa de la competencia, la CS ha creado la Unidad de Análisis Económico (UAE), que actúa en la órbita de su Secretaría General de Administración. La UAE emitirá opiniones fundadas sobre los efectos macroeconómicos que deriven de sentencias a ser dadas: (i) realizando estudios económicos que permitan evaluar los efectos de las decisiones en las variables económicas; (ii) suministrando informes respecto de cuestiones económicas; y (iii) solicitando informes a organismos competentes. Esta Acordada constituye un acto muy meritorio de la CS, y, en opinión del autor, una clara muestra en el sentido de que el supremo tribunal está preparándose para asumir roles más importantes en materia económica.

En Estados Unidos durante más de 70 años todas las acciones en las que el actor era el Gobierno solicitando medidas cautelares en temas de antitrust tenían apelación directa desde la *district court* a la Corte Suprema. Esto fue modificado por la Antitrust Procedures and Penalties Act, del 21/12/1974 (88 Stat. 1706 1974), que eliminó el derecho de apelación directa para todos los casos, salvo cuando el juez de primera instancia que intervino certifique que la apelación directa a la Corte Suprema es de importancia pública general para la administración de justicia (cfr. art. 5[b]). En este caso, la Corte puede optar entre escuchar el caso, o re-enviarlo a la cámara de apelaciones que corresponda.

nos del art. 38 LDC; (3) aceptación de las explicaciones brindadas en los términos del art. 39 LDC y consecuente archivo de denuncia; y (4) falta de mérito luego de insruuido el sumario y consecuente archivo de la denuncia.

(89) P ej., una empresa damnificada por negativas injustificadas de venta aprovecharía la suspensión del plazo de la prescripción durante todo el trámite de una investigación por cartelización que incluya al proveedor renuente, en tanto se acredite que el cártel incluyó la práctica de negar ventas a determinados clientes, tales como la empresa damnificada.

(90) Ley 24.240, art. 3º.

(91) Art. 50, ley 24.240 y art. 26, ley 22.802.

(92) CN, art. 42.

administrativo, entendiéndose que rigen las garantías propias del derecho penal (94).

Como colofón, la introducción de un nuevo daño punitivo sin tope constituye una excelente noticia para los consumidores y empresas pro-competitivas, y junto con el programa de

clemencia y la notable elevación de las sanciones pecuniarias, sean quizás el núcleo duro de un nuevo sistema de *deterrence*, solo el paso del tiempo demostrará si además de nuevo, el sistema es también eficiente, aumenta la seguridad jurídica y mejora la protección de los intereses económicos de los consumidores y la defensa de la competencia contra las distorsiones en los mercados, tal como manda el art. 42 de la Carta Magna.

(94) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156...*, cit., p. 525.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia

PABLO TREVISÁN (*)

I. Introducción

El 9 de mayo de 2018 el Congreso Nacional sancionó la nueva Ley de Defensa de la Competencia, ley 27.442 (la “LDC”). El 23 de mayo el Poder Ejecutivo reglamentó la LDC a través del dec. 480/2018.

La nueva LDC introduce importantes cambios y, sin dudas, constituye la principal reforma al sistema antitrust argentino de los últimos casi veinte años. La LDC incorpora importantes cambios, como resultado de lo cual nuestro país vuelve a tener una legislación sólida en la materia y a tiro con las mejores prácticas internacionales.

Entre los cambios más importantes, deben destacarse:

(i) mejor y mayor institucionalidad, mediante (a) la creación de una nueva autoridad, la Autoridad Nacional de la Competencia (la “ANC”), más independiente y con facultades renovadas,

y (b) la creación de una sala especializada en la materia para la revisión judicial (1);

(ii) mayor disuasión para combatir conductas anticompetitivas, mediante (a) la actualización y el incremento significativo de las sanciones aplicables, con criterios de determinación de las mismas más gravosos a los establecidos por su antecesora, la ley 25.156, (b) la creación de un moderno programa de clemencia y (c) el establecimiento de nuevas normas para la reparación de daños producidos como consecuencia de conductas anticompetitivas; y

(iii) mayor optimización de recursos, mediante (a) el establecimiento de un verdadero control previo de concentraciones económicas, lo que corrige los incentivos para este tipo de controles; y (b) la actualización y el mejoramiento del método de cálculo de los umbrales de notificación de dichas concentraciones, lo que permitirá que la ANC concentre sus esfuerzos únicamente en aquellas operaciones que realmente puedan tener impacto en el interés económico general, permitiéndole asimismo concentrar esfuerzos suficientes en el combate de conductas anticompetitivas.

(*) Co-autor de la ley 27.442. Master of Laws (LLM), London School of Economics and Political Science (LSE), Reino Unido. Visiting Research Fellow, Fordham School of Law, EE.UU. Doctorando, Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), Argentina, desde 2016. Entre 2001 y 2015, fue socio del Estudio Trevisán Abogados. Es autor, expositor y profesor en los temas de su especialidad en UCA, Universidad Torcuato Di Tella (UTDT), ESEADE y otras instituciones. Las opiniones expresadas en el presente son estrictamente personales y no necesariamente reflejan las de la CNDC.

(1) El 22 de agosto de 2018, la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura publicó en el Boletín Oficial el llamado a Concurso Público de Oposición y Antecedentes para cubrir los tres cargos de vocal en la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal de la Capital.

La LDC es el producto de grandes esfuerzos y consensos políticos (2), siendo la mejor ley posible que nuestro país podría tener en su actual contexto económico-político y en el estado de desarrollo —o subdesarrollo, podrían especular algunos— en la materia.

Para futuras discusiones quedarán cuestiones como si sería aconsejable reincorporar en nuestro país sanciones de prisión específicas para ciertas conductas anticompetitivas (3); o si el diseño institucional debiera gozar de mayor independencia de la administración central (4), por nombrar únicamente dos cuestiones que probablemente merezcan mayor tratamiento y análisis en el futuro próximo.

Está todo por verse. De nada sirve tener una buena ley, si su aplicación dista de ser razonable. Al respecto ya nos hemos referido en trabajos anteriores (5). En tal sentido, y sin perjuicio de considerar que la nueva LDC es el paso fundamental e inicial más relevante para que la Argentina vuelva a tener una política de libre competencia más razonable, sólida y previsible, la realidad indica que mucho de ello depende de la implementación consistente, coherente y sistemática de sus normas.

(2) TREVISÁN, Pablo (2018-I), “Rebuilding the Argentine Antitrust House While Living in It: A View from the Trenches”, en GINSBURG, Douglas H., *An Antitrust Professor on the Bench - Liber Amicorum*, Concurrences Review, 2018, vol. I, ps. 561-586.

(3) Se anticipa la opinión favorable a la incorporación de las mismas en la LDC. De hecho, en el primer borrador de proyecto de la LDC, a cargo del suscripto, la misma incluía sanciones de prisión por hasta tres años, para casos de cartelización en licitaciones públicas. Finalmente, no fue aceptada la incorporación de las mismas en la LDC.

(4) Existen diversos modelos de agencia antitrust alrededor del mundo. Algunos más independientes que otros. Entre los modelos conocidos, consideramos con especial interés el modelo chileno, donde la autoridad investigadora o de instrucción, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), está ubicada bajo la órbita el Poder Ejecutivo, y el órgano que resuelve, el Tribunal (TDLC), está fuera de dicho Poder, siendo sus resoluciones apelables ante la Corte Suprema de Justicia de Chile.

(5) TREVISÁN, Pablo (2018-II), “Due Process and Competition Law: Global Principles, Local Challenges, An Argentine Perspective”, en JENNY, Frederic, *Liber Amicorum*, pendiente de publicación, Concurrences Review, 2018.

En este marco debe entenderse que el derecho de defensa de la competencia, entre otras cosas, refleja la voluntad del Estado de intervenir en las actividades económicas alentando a las empresas a conformar sus prácticas con un objetivo más amplio: el de la ejecución de un mercado competitivo, donde consumidores puedan adquirir productos de buena calidad y a precios razonables.

Así, con este objetivo en mente, la disuasión juega un rol central en la ejecución pública de las normas de defensa de la competencia, teniendo en vistas la intención de ver a los operadores económicos actuar y evolucionar en un mercado sin interferencias nocivas. En este contexto, el trabajo de la autoridad de competencia es uno de interés general.

Las medidas correctivas aplicadas por la autoridad de competencia —que responden principalmente al interés general de la sociedad— aportan cierto grado de disuasión frente a actuales y potenciales infractores, aunque claramente no son suficientes —por sí solas— para lograr, al mismo tiempo, proteger el interés privado en el marco del derecho de defensa de la competencia.

En este contexto, y sin perder de vista que el objetivo principal de las acciones de daños en materia de competencia persigue un interés fundamentalmente individual de compensación por los daños sufridos como consecuencia de un ilícito antitrust, es importante tener en cuenta el importante efecto disuasivo que estas acciones también presentan (6).

(6) Existe vasta doctrina comparada que comenta y discute ampliamente sobre el real alcance del efecto disuasivo de las acciones de daños en Defensa de la Competencia, cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que más allá de dicha discusión, no existen dudas respecto a que las acciones de daños presentan un factor adicional importante de disuasión en aquellas jurisdicciones en las que han presentado un desarrollo importante. Para mayor ilustración sobre el particular, puede consultarse: ROSCHOWICZ, Patricia H., *Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law*, International Bar Association, EU Private Litigation Working Group, Febrero 2005; WILS, Wouter P. J., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, World Competition, vol. 32, nro. 1, marzo 2009.

He aquí uno de los más importantes aportes de la nueva LDC, mediante el establecimiento de nuevas pautas y herramientas, que, indudablemente, contribuirán a que la reparación de los daños producidos como consecuencia de actos anticompetitivos deje de ser una quimera y se convierta en una realidad.

Así, la combinación e interacción de una renovada ejecución —pública y privada— de la LDC contribuirá a mantener y restaurar la integridad del mercado, a impedir que fuerzas artificiales influyan en los precios, en la óptima provisión de bienes y servicios, en la eliminación de barreras de entrada a los mercados, en la innovación de productos competitivos y en el mejor bienestar general de los consumidores (7).

El presente trabajo tiene por objeto analizar las reformas incorporadas por la nueva LDC en materia de reparación de daños causados por ilícitos antitrust, realizando una aproximación general a los variados aspectos de la ejecución privada de las normas de defensa de la competencia. En este marco, habremos de examinar la situación actual de nuestro país en la materia, indicando quiénes son las potenciales víctimas de daños por ilícitos anticompetitivos. Luego desarrollaremos sucintamente los presupuestos de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos y algunos aspectos relevantes de la nueva legislación en la materia, en particular, en lo que se refiere a su relación con el nuevo programa de clemencia incorporado por la LDC. Finalmente consideraremos algunas cuestiones

relacionadas con la legitimación, con especial interés en los procesos de clase y el impacto de estos en el tema objeto del presente trabajo, para finalizar con algunas conclusiones.

II. Situación actual en materia de indemnización de daños producidos por conductas anticompetitivas

La realidad indica que las acciones de indemnización de daños en materia de defensa de la competencia no han despegado aún en Argentina.

En 2013 (8) sosteníamos que era sorprendente que desde la sanción de la por entonces vigente ley 25.156 de defensa de la competencia no se hubieren observado más casos en los que se persiga la responsabilidad civil contra autores de ilícitos anticompetitivos. La realidad prácticamente no ha mutado desde entonces a la fecha.

Si bien existieron algunos antecedentes jurisprudenciales que pudieron haber sido un indicio de que este tipo de acciones tendrían mayor lugar en nuestro país (9), la realidad es que poco ha sucedido en la materia en nuestro país, de modo similar a lo que sucedió en los países de Europa, hasta el proceso que llevó —a partir de 2004— a la discusión y posterior dictado —en 2014— de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas que rigen las acciones por daños antitrust (la “Directiva de Daños Antitrust”) (10).

(7) JENNY, Frederic, “Optimal Antitrust Enforcement: From Theory to Policy Options”, en LIANOS, I. - KOKKORIS, I., *The Reform of European Competition Law: New Challenges*, Kluwer, The Hague, 2009. Sobre el particular, Frederic Jenny observa correctamente la íntima relación que se presenta entre la sanción de la autoridad y la indemnización de daños, desde el punto de vista disuasivo, aun cuando los beneficiarios de la compensación sean distintos en uno y otro caso: “No hace diferencia si los pagos son realizados al presupuesto estatal o a consumidores. Por lo tanto la discusión actual de acciones de daños en la UE debe tener en cuenta el hecho que, aun si el propósito de las acciones privadas de daños es el de compensar víctimas más que sancionar a quienes violan la ley, la posibilidad de agregar daños compensatorios a las sanciones administrativas (o penales) aumenta el costo total a los violadores de ser descubiertos y, en consecuencia, aumenta el efecto disuasivo del sistema de ejecución” (la traducción es libre del autor).

(8) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”, JA 2013-IV, fasc. nro. 4, La Ley, Buenos Aires, 2013.

(9) CERVIO, Guillermo J. - RÓPOLO, Esteban P., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, p. 545.

(10) De esta forma, la evolución de esta materia en nuestro país se asemeja al camino que lentamente y no sin inconvenientes han transitado en el mismo tema otras jurisdicciones. Al tiempo que en años recientes se han dado ciertas señales de avance y desarrollo, esta área del derecho de la competencia sobre la reparación de los daños por atentados contra la competencia es una de las pocas en las que todavía no se ha logrado un desarrollo sistemático doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado. Por su parte, la experiencia de los Estados Unidos que rescata una mayor conciencia de los individuos sobre la importancia de las normas

La ley 25.156 no establecía normas específicas en esta materia y se limitaba a establecer en su art. 51 ciertas condiciones para el ejercicio de las acciones que se deriven de la LDC (11). La ley 27.442 innovó sustancialmente en la materia, como veremos más adelante en detalle, incorporando un nuevo capítulo, el Capítulo IX, específico sobre reparación de daños y perjuicios, conformado por los arts. 62 a 65 de la LDC, e incorporando ciertas normas importantes relacionadas con el programa de clemencia, la prescripción y otras cuestiones.

Las infracciones de los artículos de la LDC pueden causar un grave daño a la economía en su conjunto y obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado. Para evitar ese perjuicio, la autoridad de aplicación de la LDC, que al tiempo de redactar el presente trabajo —de conformidad con el art. 80 de la LDC— es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) como organismo desconcentrado que instruye y dictamina, siendo luego la Secretaría de Comercio Interior (la

“SCI” (12)) la que resuelve, hasta tanto se constituya y ponga en funcionamiento la ANC creada por la ley 27.442 (la “Autoridad de Aplicación”), tiene la facultad de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando infrinjan dichas normas de competencia. El objetivo de las multas que impone la Autoridad de Aplicación es provocar un efecto disuasorio, es decir, sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico) y disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos de la LDC (efecto disuasorio general).

Además, las infracciones a las normas de la LDC pueden causar un grave perjuicio a consumidores y empresas. Cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de las normas de competencia tiene derecho a reparación y este derecho está garantizado bajo el art. 62 de la LDC. Mientras que el objetivo de las multas es disuadir, el de la reparación de daños y perjuicios es justamente reparar el daño causado por una infracción. Esta posibilidad de los consumidores y las empresas de obtener reparación tendría también efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y garantizar una mayor observancia de las normas de libre competencia.

Hace unos años comentamos (13) sobre ciertas peculiaridades que denotaban una carencia de institucionalidad en la materia y que hacían difícil una sostenida evolución de la misma, como fue (i) la grave omisión por parte de las sucesivas administraciones nacionales en la puesta en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (14), órgano creado por la ley 25.156 en 1999 y uno de los pilares

económicas en el desarrollo de la actividad privada y en el bienestar general, ha contribuido al debate y al desarrollo de la materia en Europa. En este sentido, en la Unión Europea no solo ha habido una creciente preocupación doctrinaria tendiente a aprovechar las virtudes del modelo de los EE.UU., sino que además se ha intentado no desconocer los principios del modelo continental Europeo ni hacer propia una cultura de exaltación de la litigiosidad. En esta línea, Europa adoptó la Directiva de Daños Antitrust que tuvo como fin remover un número de dificultades prácticas que los reclamantes históricamente han encontrado al momento de demandar daños en los tribunales nacionales de Europa. Las medidas sugeridas incluyen ampliar el acceso a evidencias por parte de los reclamantes, establecer normas más claras con relación a plazos de prescripción y reglas que confirman —para ciertas circunstancias— la capacidad de los demandados de presentar defensas del tipo *passing-on* y sobre la cuantificación del daño. Asimismo, la Comisión Europea adoptó una recomendación para incentivar a los Estados Miembro a establecer mecanismos que establezcan la posibilidad de procesos colectivos para víctimas de violaciones a las normas de la UE, incluyendo las normas antitrust.

(11) Art. 51, ley 25.156: “Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

(12) Cfr. CS, “Credit Suisse First Boston Private Equity II LLC-Sucursal Argentina, Nueve Artes SA y HFD Media SA - Expediente N° S.C., C 1216, L.XLI”, “Recreativos Franco s/apelación resolución Comisión Nac. Defensa de la Competencia - Expediente N° R. 1170. XLII y R. 1172. XLII” y “Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista de General Alvear c. Estado Nacional - Expediente N° B. 1626. XLII”.

(13) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(14) TREVISÁN, Pablo, “El Tribunal de Defensa de la Competencia ya no puede esperar”, Supl. Legales, *El Cronista* del 23/3/2010.

fundamentales tenidos en cuenta por el legislador al sancionar aquella ley (15) (16); y (ii) la inexistencia de un sistema jurídico ordenado de procesos de clase en nuestro país, sin perjuicio de que por esos años se iban dando los primeros avances significativos en la materia, en especial a partir del fallo “Halabi” dictado por la Corte Suprema en 2009.

Es de esperar que luego de la sanción de la ley 27.442, finalmente la nueva ANC se conforme y ponga en funcionamiento. Al momento de escribir este trabajo, es inminente el llamado a concurso público de antecedentes y oposición que dispone el art. 20 de la LDC, siendo razonable esperar que para mediados de 2019 la nueva ANC esté conformada y en funcionamiento. Por otra parte, en estos momentos también se está discutiendo un anteproyecto de ley de procesos de clase que, de sancionarse pronto, se habrá dado otro gran paso en la dirección correcta para que en Argentina la reparación de daños producidos por conductas anticompetitivas deje de ser una mera quimera, para ser una realidad, y contribuir a la mayor disuasión que se requiere para prevenir dichas conductas.

(15) Dos fueron los cambios principales de la “nueva” LDC respecto de su antecesora la ley 22.262: (i) la creación de un sistema de control de concentraciones; y (ii) la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como una autoridad autárquica, profesional y con idoneidad suficiente y garantía de permanencia de sus integrantes, que permitan que esta sea menos permeable a las influencias políticas de turno.

(16) OCDE, *Derecho y política de la competencia en argentina - Examen Inter-Pares*, 2006. En julio de 2006, la OCDE presentó un informe sobre la ley y la política de defensa de la competencia en Argentina, preparado en colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y evaluado por pares, en el Foro Latinoamericano de Libre Competencia organizado por la OCDE y el BID. En dicho informe, se describe y analiza la aplicación de la ley de libre competencia en nuestro país y se exponen recomendaciones de amplio alcance para mejorarla. La primera recomendación efectuada por dicho informe se refiere a la necesidad de poner en funcionamiento el TDC, sosteniendo expresamente que “la conformación de dicho organismo abordaría dos problemas fundamentales que enfrenta la CNDC actualmente: un presupuesto ineficiente e independencia insuficiente” (para mayor abundamiento, ver la Sección 6.1 del mencionado informe de OCDE).

III. Potenciales víctimas

Las víctimas de daños por ilícitos anticompetitivos, se constituyen principalmente como consecuencia directa o indirecta de conductas que implican (a) abusos de posición dominante (p. ej., el monopolista que impone ventas atadas al comprador, el cierre anticompetitivo de un mercado, la imposición de exclusividades, negativas de venta, fijación de precios de reventa, el menor precio que recibe un vendedor como consecuencia de un abuso de posición de compra, etc.); o (b) por acuerdos ilícitos o colusorios entre competidores que promueven la cartelización de determinados mercados (p. ej., el comprador que debe pagar sobreprecio por el aumento artificial concertado por miembros de un cártel, etc.).

A los efectos de analizar las potenciales víctimas de daños por conductas anticompetitivas, nos concentraremos en los casos y ejemplos que derivan de acuerdos colusorios, sin perjuicio de adelantar que el alcance del daño y las víctimas podrían ser similares en casos de abusos.

Conforme ciertos principios económicos básicos, la colusión —explícita o implícita— des cansa en la interacción dinámica entre empresas. Las empresas condicionan su comportamiento futuro en el mercado, según el comportamiento actual de sus competidores.

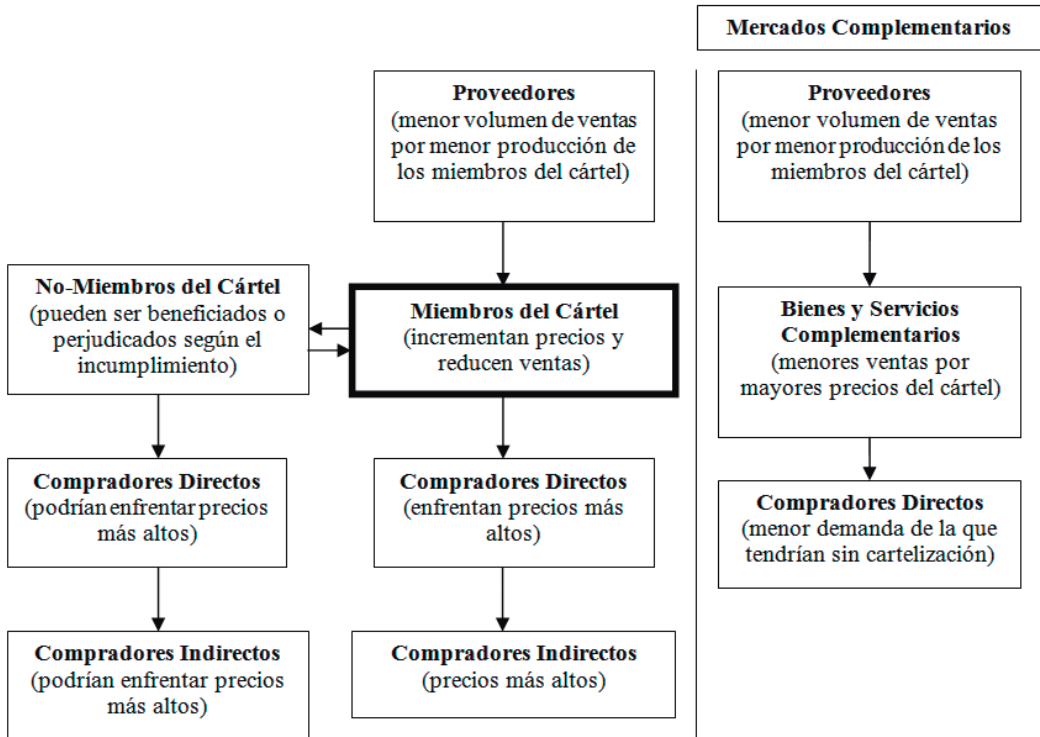
Cuando este tipo de interacción dinámica se implementa de manera efectiva, permite a las empresas participantes de esta interacción mantener sus precios en niveles cercanos al de precios de monopolio y significativamente por encima de lo que su conducta unilateral hubiere permitido.

La estabilización dinámica de precios puede ser lograda mediante comunicación directa —que no es otra cosa que el prerrequisito de un cártel— o mediante coordinación realizada mediante la observación y seguimiento del comportamiento de las otras firmas en el mercado. A esto último se lo llama coordinación tácita o efectos coordinados, y es analizado bajo los criterios de evaluación de dominancia o procedimientos de control de concentraciones, pero no es considerado un acuerdo de cartelización.

La literatura económica identifica un amplio espectro de potenciales daños debido a la colu-

sión entre empresas (17). Algunas de las varias categorías de efectos adversos producidos por

una violación a las normas de defensa de la competencia, se resumen en el siguiente cuadro (18):



En primer lugar, en un cártel, donde en forma coludida competidores fijan precios, el primer damnificado es el comprador directo, quien debe soportar un aumento artificial en el precio. Desde la perspectiva del comprador directo se presentan tres efectos principales: precios más altos en determinadas ventas (normalmente con sobreprecios o daño emergente), el opuesto *pass-on effect* (es decir, la porción del sobreprecio que es traspasada mediante precios más

altos a los compradores indirectos) y el efecto cuantitativo (que es el beneficio perdido que los compradores hubieren realizado en ventas adicionales al nivel de precio competitivo) (19).

Luego, se puede afectar también a los compradores del comprador directo (es decir, los compradores indirectos), quienes tendrían que soportar un posible aumento en sus precios por el traspaso total o parcial del sobre costo que representa el aumento de precios para el comprador directo. Y así continúa hacia otros compradores indirectos, llegando al consumidor final.

(17) Los cárteles también pueden dar por resultado efectos positivos para los consumidores (las llamadas eficiencias), como, por ejemplo, costos más bajos de transporte. Estos efectos —si fueran significativos en un caso particular— tienen que ser balanceados contra los efectos negativos a consumidores en el momento de calcular los daños.

(18) Véase, Reporte Ashurst, cit.

(19) FRIEDERISZICK, Hans W. - RÖLLER, Lars-Hendrik, "Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases", *Working Paper ESMT*, 16/3/2010 (ISSN 1866-3494).

Habrán potenciales compradores que hubieren comprado al precio competitivo menor, pero que no comprarán al precio de cártel. Compradores potenciales pierden así el beneficio de ventas adicionales en la forma de utilidad de consumo o ganancia cuando revenden al consumidor final en un ambiente competitivo. En términos legales, sea por menor consumo o por no consumo, este efecto del rendimiento constituiría lucro cesante.

Un efecto equivalente puede ocurrir con los proveedores, mediante el ejercicio del poder de compra que un cártel puede imponer aguas arriba. Asimismo, otro efecto negativo puede darse cuando estos proveedores, a su vez, pasan (*pass-on*) estas condiciones de venta desventajosas a su propia cadena de proveedores aguas arriba.

Hasta este punto tenemos los efectos que se producen verticalmente o aguas abajo producto de esta colusión entre competidores. Sin embargo, el cártel no solo tiene efectos hacia abajo, sino que se puede dar el caso de otros competidores que no forman parte del acuerdo ilícito pero que, actuando bajo el amparo del aumento artificial de precios del cártel, aumenten sus precios también (esta situación es conocida como efecto paraguas o *umbrella effect*). Como consecuencia del efecto paraguas, se afecta a aquellos compradores, directos o indirectos, de aquellos agentes que no forman parte del cártel.

Por otra parte, también se puede perjudicar a ciertos clientes que estaban dispuestos a pagar un precio competitivo y que, en atención al alza artificial de los precios por el cártel, prefieren adquirir bienes sustitutos no deseables o bien reducir la cantidad de bienes comprados.

Los proveedores de los miembros del cártel también pueden resultar perjudicados, ya que pueden ver reducido su volumen de ventas, ya que el aumento artificial en los precios es determinante en los volúmenes de venta de tales proveedores (perjuicio aguas arriba).

Asimismo, se pueden ver afectados aquellos productores de bienes complementarios de los que producen los miembros del cártel, al igual que los proveedores, ven reducido sus volúmenes de venta por los precios incrementados, de

esta forma, también se puede perjudicar a los proveedores de los productores de estos bienes complementarios.

Si sumamos a lo señalado otras conductas atentatorias a la libre competencia distintas a la colusión, tomaremos nota que pueden resultar perjudicados también otros agentes (20).

IV. Reparación de daños por ilícitos anticompetitivos

IV.1. Marco legal

El principio en materia de responsabilidad civil por el que quien causa un daño debe repararlo, es plenamente aplicable en materia de indemnización por ilícitos anticompetitivos. La última reforma del Cód. Civ. y Com. amplía incluso este principio, conforme lo había receptado ya anteriormente la jurisprudencia, estableciendo que no solo existe el deber de reparar, sino que también existe la obligación de evitar el daño. En trabajos anteriores nos hemos referido a la prevención del daño y defensa de la competencia, a los que referimos al lector, ya que el tema excede el tema de este trabajo (21).

En la práctica, serán las partes y los jueces quienes deban realizar un proceso de adaptación de los principios y reglas generales de la responsabilidad civil a las situaciones específicas que se puedan dar como consecuencia de comportamientos anticompetitivos. En este proceso, deberán ser respetados los principios y objetivos de la normativa de defensa de la competencia. En consecuencia, el escenario se presenta desde lo general con los elementos estructurales de la responsabilidad civil, y desde lo más particular, tamizando dicha responsabilidad por los principios rectores y normas específicas del área de defensa de la competencia (22).

(20) LEWIN MUÑOZ, Nicolás, *La indemnización de perjuicios por atentados en contra de la libre competencia*, tesis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, septiembre de 2008.

(21) TREVISÁN, Pablo, "Acción preventiva de daños y defensa de la competencia", RCCyC del 4/4/2016, La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 63 y ss.

(22) DE LA VEGA, Fernando, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid, 2001, p. 56. Este

En esta línea, dispone el nuevo art. 62 de la LDC: “Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la *acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común*, ante el juez competente en esa materia” (el destacado nos pertenece). Es decir, el derecho de los damnificados por actos prohibidos por la LDC se regirá por el régimen general de responsabilidad civil del Cód. Civ. y Com. (cfr. los arts. 1708 al 1780).

Dicho ello, habrá de dilucidarse en primer término cuál es la naturaleza de esta responsabilidad consecuente de los ilícitos anticompetitivos. Algunos consideran que la responsabilidad en estos casos es contractual, sea frente a situaciones de acuerdos restrictivos o por abusos de posición dominante. Es decir, se afectaría un vínculo comercial preexistente mediante el ilícito anticompetitivo, por incumplimiento de una o ambas partes.

En nuestra opinión, la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos es principalmente extracontractual. Cualquier acuerdo, en todo o en parte, escrito o no escrito, que se celebre en violación a las normas antitrust es nulo de nulidad absoluta y, en consecuencia, no genera por sí ninguna relación contractual entre las partes. Esto lo consideramos aplicable también en aquellos casos en que un incumplimiento contractual se genere como consecuencia de tener lugar un ilícito anticompetitivo, sea colusivo, explotativo o exclusorio, ya que en estos casos no será la propia conducta anticompetitiva la que fundamente la acción de responsabilidad, sino las consecuencias o efectos que tenga aquella conducta sobre las obligaciones contractuales.

Asimismo, debe tenerse especialmente en consideración que los principios de defensa de la competencia han recibido rango constitu-

cional en nuestro país en la última reforma de 1994, siendo entonces un derecho y obligación que se impone a todos los contratantes, aunque nada hubieren dicho en el acuerdo que regule su relación comercial. Es decir, este principio reprobado por nuestra Constitución Nacional (art. 42 (23)), constituye en este sentido un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y, por ende, es una obligación que no requiere pacto expreso contractual (24).

Por otra parte, y si bien la LDC únicamente incluye disposiciones expresas referidas a la nulidad de los actos jurídicos prohibidos por esta bajo el nuevo art. 2º, consideramos que los términos de la LDC (art. 1º) son fundamento suficiente para causar las nulidades dispuestas en el Cód. Civ. y Com. con relación a dichos actos (25).

(23) CN, art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

(24) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 25, este autor sostiene que: “En la Constitución de 1994 se consagran los derechos de tercera generación, entre los cuales se encuentra el derecho a la competencia efectiva. El art. 42 de la CN consagra tres pilares del sistema de competencia efectiva: la libertad de elección del consumidor, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios legales o naturales. La libre elección del consumidor implica la posibilidad de elegir entre las ofertas existentes en el mercado, lo cual presupone que se fomentará la mayor cantidad de ofertas posibles, es decir la participación de la mayor cantidad de competidores en el mercado determinado”.

(25) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h), *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, t. II, p. 393. En el mismo sentido, y aun cuando se refiere al viejo Cód. Civil de Vélez

autor sostiene que “(...) la responsabilidad civil por daños causados por actos de concurrencia ilícitos no debe ser considerada, por tanto, como una sanción propia del derecho de la competencia, es una consecuencia jurídica que deriva de un comportamiento realizado en un ámbito de mercado con finalidad concurrencial y que tiene como elemento normativo de carácter esencial y primario a las normas de la responsabilidad civil, dejando en un segundo plano a la ordenación jurídica de la actividad concurrencial (...)”.

IV.2. Presupuestos de la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos

En tal sentido, la indemnización de perjuicios por ilícitos relacionados con defensa de la competencia se rige por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, habrán de acreditarse los siguientes cuatro presupuestos: (i) el incumplimiento del deudor (es decir, el ilícito anticompetitivo), (ii) la imputabilidad del incumplimiento del deudor (culpa o dolo); (iii) los perjuicios o daño sufrido por el acreedor y (iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor (26).

IV.2.1. Incumplimiento del deudor

El primero de los presupuestos de la responsabilidad consiste en acreditar que tuvo lugar un acuerdo, decisión, recomendación, práctica concertada, conducta paralela anticompetitiva (comportamiento colusivo) o una conducta que configure abuso de posición dominante (comportamiento abusivo). Es decir, la víctima del ilícito anticompetitivo deberá probar ante el juez competente que el interés económico general, bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia, ha sido lesionado.

A tales efectos la víctima deberá tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 1º, 2º, 3º y 8º de la LDC, que definen las prohibiciones de nuestro ordenamiento y, en consecuencia, otorgan el elemento de ilicitud a las conductas comprendidas bajo la misma (27).

Sarsfield, este autor sostiene que “(...) los términos de la prohibición incluida en el art. 1º de la LDC son suficientemente amplios como para dar lugar a la nulidad prevista en los arts. 953 y 1044 del Cód. Civil, en forma congruente con lo dispuesto por el art. 18 del mismo Código”.

(26) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I, ps. 119 y ss.

(27) CNCCom., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo”. En dicho fallo de la sala C, la concursada había solicitado la exclusión de un grupo del cómputo de los votos, fundando su planteo en una aplicación extensiva del art. 45 de la ley concursal y en las disposiciones de la LDC, por tratarse de un acreedor que estaba en flagrante competencia con la misma. El sentenciante de grado consideró que la conducta del acreedor encuadraba en competencia desleal. Sin perjuicio de que por mayoría la Cámara revocó la resolución apelada, cabe aquí hacer referencia a ciertos conceptos

Los comportamientos restrictivos podrán ser imputables a una o varias empresas, sean estas personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que realicen actividades en el territorio nacional o fuera del país con efectos dentro del mismo (28).

La jurisprudencia de la UE ha precisado el alcance del concepto de “empresa”, habiendo llegado a considerar como tales a colegios de profesionales, a fondos de pensión y hasta entidades públicas cuando las mismas hubieren actuado como operadores económicos en un determinado mercado. Por su parte, la CNDC a través de numerosas opiniones consultivas, ha interpretado que uno o más activos constituyen una “empresa” cuando puede derivarse de ellos un volumen de negocios (ventas) en forma independiente.

En esta línea, habrá de acreditarse que existió (i) un acuerdo explícito o implícito entre los infractores a la LDC; o (ii) una conducta unilateral constitutiva de abuso de posición de dominio. Por otra parte, cuando se trate de conductas voluntariamente paralelas y a los fines de pre-

vertidos —en consonancia y con relación al tema aquí tratado— por el voto en disidencia del Dr. Monti, que sostuvo lo siguiente: “A esta altura es preciso aclarar, aunque parezca obvio, que las conductas prohibidas por los arts. 1º, 2º y 7º y otros de la citada ley 25.156 tienen ese carácter para todo el derecho argentino. Sería absurdo postular lo contrario, como si un orden jurídico pudiera fragmentarse en partes totalmente aisladas unas de otras”. Manifestando, asimismo, que “por otra parte, en el examen de la cuestión planteada es preciso tomar en consideración otras normas que convergen aquí con la problemática concursal. Desde esta perspectiva, cabe recordar que la Constitución Nacional reconoce a los consumidores especialmente el derecho a la ‘protección de sus intereses económicos’, a ‘la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno’, estableciendo, con miras a la protección de tales derechos, el deber de las autoridades en orden a ‘la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados’ (art. 42). En esa directiva se halla involucrado necesariamente el interés general de la sociedad, el cual también resulta afectado cuando se despliega una maniobra que procura valerse de los medios instituidos por la ley —en el caso las reglas sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo— para una finalidad distinta de aquella que la ley misma ‘tuvo en mira’ al instituirlos, vale decir, de un modo disfuncional que nuestro ordenamiento no admite (art. 1071, Cód. Civil)”.

(28) Cfr. LDC, art 4º.

sumir la colusión, el damnificado de dichas conductas deberá demostrar que el comportamiento de las empresas en el mercado relevante constituye una conducta coordinada, sin fundamento razonable.

Asimismo, la víctima deberá acreditar que el acto o conducta tuvo por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia (29). En este sentido, probar el ilícito anti-competitivo puede constituir una tarea compleja ya que (i) en muchos casos, el ejercicio mismo de la libre competencia en un determinado mercado pueden resultar perjudicial para determinados jugadores del mercado, pero no por ello constituir ilícitos o (ii) porque sea difícil —sino imposible— hacerse de la prueba del ilícito cuando la misma se encuentra en poder del propio infractor o (iii) por los costos altos implícitos que podrían ir de la mano del análisis de pruebas económicas, técnicas o de mercado complejas o (iv) por la necesidad de acudir a presunciones en aquellos casos que la conducta no pueda ser palmariamente probada o hubiere sido ocultada exitosamente por parte de los infractores.

Debe tenerse especialmente en cuenta que, sea cual fuere el medio de prueba utilizado, la existencia del ilícito anti-competitivo no es por sí misma prueba de daños padecidos, ni mucho menos de la responsabilidad civil del infractor. Existen conductas que, sin perjuicio de su ilicitud, no causan daños a los particulares, situación que se da cuando los efectos de un acuerdo restrictivo no llegan a concretarse en el mercado. En estos casos, habiéndose presentado un claro daño al interés general, podrá sancionarse administrativamente, pero no corresponderá la sanción desde el punto de vista civil.

Por último, consideramos también que aquellas operaciones de concentración económica que fueren contrarias a la LDC dan origen al derecho de indemnización por daños. Nos referimos particularmente a las concentraciones (i) que fueren cerradas sin autorización, cuando esta fuere obligatoria, o (ii) a los casos de incumplimiento de los condicionamientos establecidos por parte de la Autoridad de Aplicación

para autorizar una determinada concentración, o (iii) por excederse en los términos que la Autoridad de Aplicación hubiere otorgado la autorización de la operación en cuestión. En estos casos, también habrá de acreditarse la lesión al interés privado protegido.

IV.2.1.1. Sobre si debe existir proceso administrativo previo a la intervención judicial

Cabe aquí hacer referencia a la situación en que se presentan las respectivas acciones de daños y perjuicios, ya que variará según haya existido o no un proceso administrativo previo por el cual la Autoridad de Aplicación haya resuelto conforme las disposiciones de la LDC.

El art. 4º (30) de la ley 22.262, abrogada por la ley 25.156, establecía el requisito de haber obtenido una resolución administrativa previa por parte de la CNDC o, en su defecto, que hubiere transcurrido un plazo de al menos dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción. Esto constituía un claro freno para que los damnificados inicien acciones civiles.

La ley 25.156 eliminó dicha necesidad de accionar en sede administrativa previamente al inicio de acciones civiles en sede judicial. Aquella fue una saludable reforma al sistema, eliminando el filtro por el que únicamente el organismo administrativo podía determinar si existía infracción o no al régimen de defensa de la competencia. En esta línea, los damnificados podrán optar por iniciar directamente las acciones civiles de resarcimiento de daños (*stand alone*), evitando así depender únicamente de los prolongados períodos de tiempo en los que muchas veces la autoridad llevaba adelante las

(30) Ley 22.262, art. 4º: "Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que: a) Estuviere firme la resolución prevista en el art. 19; b) Se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el art. 24; c) Se hubiese dictado la resolución prevista en el art. 26; d) Estuviere firme la resolución prevista en el art. 30. No obstante, transcurridos dieciocho (18) meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios. El plazo de prescripción será de dos (2) años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente".

(29) Cfr. LDC, arts. 1º y 8º.

investigaciones o denuncias por infracciones a las prohibiciones de la LDC (31).

La última reforma de la LDC fue aun un poco más allá, incorporando las llamadas *follow-on actions*, es decir, aquellas acciones que derivan de las resoluciones firmes sobre aquellos casos en los que la Autoridad de Aplicación hubiere resuelto previamente, conforme lo dispone el art. 63 de la nueva LDC, que dice: “La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo con el proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro Segundo del Cód. Proc. Civ. y Com. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

En esta línea, y sin perjuicio de lo antedicho, teniendo especial consideración del carácter esencialmente económico implícito en las cuestiones antitrust, consideramos asimismo que en aquellos casos en que no hubiere resolución previa de la Autoridad de Aplicación, los jueces que intervengan en el conocimiento de causas por reparación de daños por ilícitos anticompetitivos podrán solicitar que expida opinión la Autoridad de Aplicación de la LDC.

En tal caso, será importante coordinar las acciones judiciales con las administrativas. En este sentido, es de plena aplicación lo dispuesto por los arts. 1774 a 1780 del Cód. Civ. y Com. cuando antes —o durante— el proceso judicial se iniciare la acción administrativa ante la Autoridad de Aplicación de la LDC. En consecuencia, si se hubiere iniciado la acción administra-

tiva, no podrá dictarse condena civil hasta tanto no la hubiere en el proceso administrativo (32). Por otra parte, si hubiere condena administrativa, en el proceso civil no podrá discutirse la existencia de la infracción ni la culpa del demandado (33). Por el contrario, si hubiere absolución administrativa, no podrá alegarse sobre la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolución (34).

Con anterioridad a la vigencia de la nueva LDC, existía autorizada doctrina que consideraba que no correspondía concluir que el art. 51 de la ley 25.156 implicaba una manifestación inequívoca del abandono definitivo del viejo sistema del art. 4º de la ley 22.262 (35). Esta doctrina, fue recogida por la jurisprudencia de la sala C de la Cámara Comercial en el voto mayoritario del caso “Equipos y Controles” (36).

Como anticipáramos aquí y en otros trabajos anteriores (37), consideramos que la redacción

(32) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1775.

(33) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1776.

(34) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1777.

(35) CASSAGNE, Bernardo, “Derecho administrativo de defensa de la competencia: ¿aplicación administrativa o judicial de la ley 25.156? Interrogantes y planteamientos”, EDA 2003-281. Este autor menciona dos aspectos para fundamentar dicho entendimiento. Por un lado, la lógica del correcto funcionamiento del Principio de División de Poderes, haciendo referencia a lo dispuesto desde sus orígenes por parte de la Corte Suprema con relación a que siendo dicho principio de “la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue, forzosamente que las atribuciones de cada uno le son particulares y exclusivas pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes públicos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”. Como segundo aspecto de su fundamento, considera que —aun cuando un reclamo suponga la existencia de una lesión a un interés particular— al tener el reclamo causa en una conducta anticompetitiva, exige determinar si dicha conducta puede, además, generar perjuicios al interés económico general, determinación que únicamente correspondería, según esta interpretación, al organismo administrativo, en este caso al TDC.

(36) CNCom., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, ED del 1/12/2003, ps. 9 y ss.

(37) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(31) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h), *Derecho antimonopólico...*, cit., p. 389. En línea coincidente, Cabanellas agrega al respecto que la eliminación del requisito previo dispuesto por el art. 4º de la ley 22.262 “(...) es de especial importancia a la luz de la extraordinaria resistencia que desde la sanción de la ley 25.156 han presentado las autoridades administrativas a dar efectividad a las prohibiciones previstas en dicha ley”.

de la ley 25.156 en lo que respecta a esta cuestión, dejó de lado el requisito que exigía la necesidad de un pronunciamiento administrativo previo. De haber sido su voluntad mantener dicho requisito, el legislador así lo hubiere establecido expresamente, como lo han hecho otras legislaciones similares a la de nuestro país (38), máxime teniendo en cuenta que su antecesor expresamente lo exigía. En esta línea, coincidimos con la interpretación dada por el voto disidente en “Equipos y Controles”, que sostuvo que las sutiles prácticas orientadas a procurar una posición dominante en un mercado mediante la supresión de una competencia significativa no pueden quedar al margen de la evaluación que el juez (en este caso, el juez del concurso) debe hacer (39).

Por otra parte, y en línea con los conceptos de fondo vertidos anteriormente sobre el carácter de las normas de la LDC, agregamos en lo que respecta a este tema particular que las transgresiones a las disposiciones de la LDC traen aparejada la nulidad de dichos actos, acuerdos o conductas y, por ende, podrían articularse directamente ante la jurisdicción ordinaria. Esta interpretación, es consecuencia necesaria del precepto general del derecho civil que dispone

(38) Cabe mencionar aquí el caso de Chile, que mediante una modificación a su régimen legal, similar a la nueva LDC en esta materia, incorporó el requisito de que el juez civil que conociere en casos de daños por ilícitos anticompetitivos, deberá resolver sobre la base de la sentencia que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Paradójicamente, a la fecha de dicha modificación, en Chile había tenido lugar únicamente una sola sentencia condenatoria por perjuicios provocados por atentados a la libre competencia (situación similar a la de nuestro país a la fecha de redactar el presente trabajo). Ello denota que hasta entonces, existía en dicho país un claro desincentivo para demandar indemnizaciones por este tipo de daños, con evidentes complicaciones procesales. Para un mayor abundamiento sobre este tema particular, remitirse a LEWIN MUÑOZ, Nicolás, *La indemnización...*, cit., ps. 44 y ss.

(39) CNCom., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, ED del 1/12/2003; voto del Dr. José L. Montí, quien agrega sobre la misma cuestión y basándose en cierta doctrina española, que la nulidad de los actos en infracción de la LDC puedan ser requeridos directamente ante jurisdicción ordinaria, sin necesidad de agotar la vía administrativa.

la nulidad de los actos y negocios jurídicos contrarios a las normas imperativas (40).

Además de los motivos fundamentales ya mencionados, no deben dejar de tenerse en cuenta al menos dos razones adicionales no menores que son bien propias de la idiosincrasia de nuestra sociedad. Una de ellas, el escándalo jurídico que se sucedió durante toda la vigencia de la ley 25.156, al no haberse constituido nunca el Tribunal de Defensa de la Competencia (41). Es indudable que la CNDC/SCI,

(40) URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, “Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la ley 52/1999”, *Anuario de Competencia 1999*, Madrid-Barcelona, 2000, ps. 171 y ss. Este autor aporta valiosos conceptos y llega a la misma conclusión, aplicada al caso de España, que en este sentido cuenta con una configuración legal semejante a la de nuestro país.

(41) Ha habido varios antecedentes jurisprudenciales que hicieron referencia a esta situación. Por nombrar algunos:

— CNFed. Cont. Adm., sala III, 16/4/2007, en el fallo “Multicanal”, al analizar y resolver respecto a si la CNDC tenía facultades de dictar medidas cautelares, sostuvo que ello no surge ni del art. 35 ni del art. 58 LDC, concluyendo que “hasta que se constituya el TNDC, el dictado de medidas cautelares encuentra cobertura solo en el recordado art. 24 inc. m) LDC, según el cual se podrá solicitar al juez competente las medidas cautelares que se estimen pertinentes... no puede admitirse que en el procedimiento administrativo el órgano administrativo —por falta de constitución del TNDC— resulte al mismo tiempo parte y juez dentro de una misma causa. Pretender que el órgano administrativo cuenta con facultades jurisdiccionales y puede emitir medidas cautelares atenta contra el principio republicano de separación de poderes, y el ente que lo hiciera incurriría en exceso de poder”.

— CNFed. Civ. y Com., sala II, 27/7/2009, en el caso “Telefónica/Telecom”, sostuvo un criterio similar al de la sala II en “Multicanal”: que “...facultad... art. 35 LDC... es atribuida a un tribunal administrativo que todavía no fue constituido y que cuenta con ciertas garantías de independencia en cuanto a su constitución y funcionamiento”.

— CNPenal Económico, sala A, 21/10/2009, también en el marco de “Telefónica/Telecom” sostuvo que “... el ejercicio de una función judicial por parte de un organismo del PE,... transgrede la disposición del art. 109 de la CN (...) la mora incurrida en la integración del tribunal administrativo constituye un ‘escándalo jurídico’”.

— CNFed. Civ. y Com., sala II, 19/2/2010, en el caso “Cablevisión SA” sostuvo que “de acuerdo con el criterio fijado por la sala en otras causas, la CNDC no tendría fa-

órgano de aplicación de la vieja ley 22.262 y dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, carecía de las facultades e independencia que el legislador de 1999 quiso otorgar a un órgano de las características diseñadas para el Tribunal de Defensa de la Competencia de la ley 25.156 (42). Asimismo, debe destacarse que aquel legislador había querido mantener en funciones a la CNDC/SCI(43) con carácter exclusivamente

cultades para dictar medidas cautelares en los términos del art. 35 de la LDC (conf. 'Telecom Italia SpA y otro') (...). La CNDC no ha recibido todas las atribuciones que la ley 25.156 pone en cabeza del TNDC". Agregando que "esta Cámara ha destacado recientemente la omisión incurrida por el Poder Ejecutivo en constituir el TNDC —superior a los diez años—, razón por la cual puso dicha circunstancia en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de que se consideren medidas o gestiones que estime pertinentes, destinadas a favorecer la constitución del mentado tribunal (conf. acordada nro. 16/09, del 2/12/2009). Del mismo modo, la sala A de la CNPenal Económico cursó una comunicación al Alto Tribunal de similar tenor (conf. 'Telefónica de España, Olimpia y otros')".

— CNFed. Civ. y Com., sala 2ª, 25/2/2010, en autos "Direct TV", insiste en recalcar la obligación de constituir el TNDC.

(42) La autarquía del TDC fue una de las cuestiones que mayor aprobación tuvo en el Congreso de la Nación al discutirse la sanción de la LDC. Asimismo, uno de los puntos más criticados durante dicho debate, fue casualmente la falta de independencia del anterior órgano constituido bajo la antecesora ley 22.262. Más allá de los antecedentes parlamentarios abundantes que son fructíferos para interpretar cabalmente la intención del legislador, basta con analizar detenidamente los términos del art. 18 de la LDC para concluir que no quedan dudas respecto a la intención de dotar al TDC de una independencia de criterio del Poder Ejecutivo Nacional del que, por razones naturales, careció y carecerá la CNDC/SCI. Dicho art. 18 dispone: "El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia estará integrado por siete (7) miembros con suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, de los cuales dos por lo menos serán abogados y otros dos profesionales en ciencias económicas, todos ellos con más de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión. Los miembros del tribunal tendrán dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente".

(43) LDC, art. 58: "Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la

transitorio y hasta tanto se ponga en funcionamiento el Tribunal, situación que se tornó en permanente. Es de esperar que esto no vuelva a suceder bajo la nueva LDC, y que la nueva ANC se conforme y ponga en funcionamiento pronto.

Asimismo, se suma otro factor, que se fue agravando año tras año entre 1999 y hasta fines de 2015, relativo a los tiempos por demás extensos en los que la CNDC/SCI tomaba conocimiento y resolvía denuncias, investigaciones de mercado y/o concentraciones. Estos tiempos, que en muchos casos llegaron a ser de varios años —p. ej. en casos de concentraciones (44)— y en otros parecieran no recibir tratamiento alguno por parte de la CNDC/SCI —como en casos de denuncias, cuya sustanciación y tramitación se prolongan indefinidamente en el tiempo—, agravaban la situación de aquellos potenciales damnificados por conductas ilícitas anticompetitivas, si hubiera sido requisito *sine qua non* el de tener que contar con resolución administrativa previa a la presentación judicial civil por resarcimiento de daños. A partir de diciembre de 2015 y hasta la fecha del presente trabajo, los tiempos de resolución de la Autoridad de Aplicación se han reducido sustancialmente (45). Es de esperar que esta situación continuará mejorando luego de puesta en funcionamiento la nueva ANC.

Estas cuestiones adicionales, apuntalan los fundamentos de fondo previamente desarrollados e indican que en nuestro país es importante que el Estado no prive a los particulares de un sistema eficaz de protección de sus derechos e intereses.

entrada en vigencia de esta ley. Constituido el Tribunal las causas serán giradas a este a efectos de continuar con la substanciación de las mismas".

(44) GRECO, E. - PETRECOLLA, D. - ROMERO, C. - ROMERO GÓMEZ, E., "El control de fusiones y adquisiciones en Argentina (1999-2011): indicadores de desempeño", Estudio, GPREconomía, septiembre de 2012, publicado en <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/41890>.

(45) Por ejemplo, a diciembre 2015, el promedio de resolución de casos de control de concentraciones de la CNDC superaba holgadamente los tres años y medio. A la fecha del presente trabajo, dicho promedio es inferior a tres meses y medio, habiendo la CNDC dictaminado casos de concentraciones en menos de cinco días corridos.

Ahora bien, si como hemos dicho, la eliminación por parte de la ley 25.156 del filtro administrativo establecido por la ley 22.262 fue saludable, consideramos que la nueva LDC va en una línea más saludable aún, otorgando mayor seguridad jurídica al sistema de ejecución privada de las normas de competencia.

La nueva LDC ha dado un paso significativo en la dirección correcta, al establecer que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que dispongan sobre la violación de la LDC harán cosa juzgada sobre la materia, a los fines de que estas puedan luego servir de base a los jueces (46) y a las partes del proceso (nos referimos aquí a las *follow-on actions* del derecho comparado) (47). Esto, como veníamos reclamando desde la doctrina hace tiempo (48), además de aligerar la carga de la prueba de las víctimas, permitirá además que los procesos

tramiten no ya por la vía ordinaria —como sucedió hasta la sanción de la nueva LDC—, sino de modo más expedito por la vía sumarísima. Algo similar dispuso la Comisión Europea (49) en cuestión análoga a la aquí mencionada, mediante los alcances que sobre el particular establece la Directiva de Daños Antitrust (50).

IV.2.2. Imputabilidad del incumplimiento del deudor

Se ha definido a la imputabilidad como “la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto

(46) Cabe resaltar aquí lo que sucedió en el caso “Auto Gas”, mucho antes de la entrada en vigencia de la nueva LDC, en el cual la juez, en el consid. II, punto 1º de su sentencia, dispuso: “Para lo cual resulta necesario recordar que en lo concerniente al abuso de posición dominante, tal aspecto ha quedado definitivamente decidido. Ello en atención al dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluyó con la sanción impuesta a YPF SA por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería mediante la res. 189/99 (Anexo V de la demanda). Que mereció total acogimiento por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en el fallo del 24/11/2000 (Anexo VI de la demanda) confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

(47) KOMNINOS, Assimakis, “Private enforcement: An overview of EU and national case law”, prólogo al número especial de *e-Competitions*, nro. 44442, *www.concurrences.com*. Este autor, sobre el tema de las *follow on actions* menciona que a nivel general, en Europa, “un análisis comparativo de las leyes nacionales de competencia muestran que si bien una decisión previa de la autoridad administrativa podría ser utilizada por tribunales y litigantes para establecer y probar ciertos hechos, en las acciones civiles *follow-on*, dicha decisión previa administrativa normalmente no adquiere el status de autoridad vinculante, aunque sí podría considerarse autoridad persuasiva. Sin embargo, algunos Estados Miembro han introducido la regla por la que los tribunales civiles están obligados por las decisiones finales de las autoridades nacionales de competencia en acciones *follow-on* de determinación de daños” (la traducción es libre del autor).

(48) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(49) A la fecha, los países cuyo sistema dispone el efecto vinculante para los jueces civiles de las resoluciones de la autoridad de competencia son: Reino Unido (arts. 58A y 47A del UK Competition Act 1998), Alemania (art. 33[4] del GWB [i.e. Ley Alemana de Competencia]), Hungría (Art. 88/B[6] de la Ley Húngara de Competencia), Polonia (conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de dicho país). Por el contrario, en ciertos países de Europa existe todavía cierto rechazo a aceptar el efecto vinculante de las decisiones de la autoridad administrativa, como por ejemplo, España (sobre el particular, véase IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, “A Spanish Court refuses to qualify a contract as a resale agreement and holds that the qualification given by ‘administrative bodies’ to similar agreements is not binding upon national Courts [Melón/Repsol]”, *e-Competitions*, nro. 171, 7/7/2004).

(50) Ya lo disponía el antecedente directo de la Directiva de Daños Antitrust de Europa, la “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (2013/C 167/07), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, C. 167/19, Estrasburgo, el 11/6/2013, cuando sostenía que: “De conformidad con el art. 16, apart. 1, del Reglamento nro. 1/2003, las decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud del art. 101 o 102 del Tratado tienen efecto probatorio en demandas posteriores por daños y perjuicios, ya que un órgano jurisdiccional nacional no puede adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con dichas decisiones de la Comisión. *Es conveniente otorgar un efecto similar a las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia (o por un órgano jurisdiccional nacional de revisión)*. Si ya se ha adoptado una resolución de infracción y ha adquirido carácter firme, la posibilidad de que la empresa infractora volviese a plantear las mismas cuestiones en posteriores reclamaciones por daños sería ineficiente, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a costes innecesarios para todas las partes implicadas y el poder judicial” (el destacado nos pertenece).

de que pueda soportar sus consecuencias” (51). Es decir, este presupuesto de responsabilidad requiere la existencia de un fundamento de imputación del comportamiento ilícito al presunto responsable.

Como hemos mencionado, cuando no hubiere resolución firme de la Autoridad de Aplicación, la prueba del ilícito antitrust puede resultar para la víctima del daño una tarea muy compleja, cuando no imposible, ya que en muchos casos no existen pruebas fehacientes que permitan acreditar la existencia del ilícito.

Tratándose de establecer la extensión de la responsabilidad del infractor, será indispensable considerar (i) la magnitud del daño causado por el mismo, (ii) la proporción en que pueda atribuírsele a este o a otros factores y (iii) la medida en que sea justa conforme a su culpa o dolo imputarle el daño que ha causado.

El Cód. Civ. y Com. adopta en este aspecto el criterio de la previsibilidad —entendiendo por tal el deber genérico de obrar con pleno conocimiento de las cosas— y la efectiva previsión —siendo este el acto intelectual y concreto de visión anticipada—. En consecuencia, podrá haber imputación de la consecuencia y responsabilidad del sujeto tanto cuando (i) el infractor haya actuado previendo la consecuencia dañosa e, igualmente, obrado (dolo); como cuando (ii) el infractor no previó la consecuencia pero pudo haberla previsto (culpa).

Ahora bien, la extensión de la responsabilidad en el caso de conductas anticompetitivas culposas, además de extenderse a las personas dañadas directa e indirectamente (52), únicamente tendrá lugar con relación a las consecuencias inmediatas y mediatas, cuando estas últimas fueren previstas o previsibles (53). En caso de dolo, además de las consecuencias mencionadas para el caso de conductas culposas, también podrán llegar a ser imputables las consecuencias casuales. Corresponde a la víctima de la infracción presuntamente dolosa probar dicho dolo de modo tal de producir una

convicción segura al respecto, ya que cualquier duda al respecto habrá de interpretarse a favor del infractor y resolverse en el sentido de la ausencia de dolo.

Como ejemplo de consecuencias inmediatas podemos mencionar la exclusión de competidores —producida como consecuencia de prácticas predatorias— o los precios más altos que deberán pagar los compradores —como consecuencia de abuso de posición dominante—. Serían consecuencias mediatas previstas o previsibles, por ejemplo, los prejuicios a proveedores o empleados de competidores excluidos.

Asimismo, en este aspecto cabe mencionar que, si bien las normas del Cód. Civ. y Com. que mencionamos se refieren fundamentalmente al deudor o infractor, su ámbito de aplicación alcanza en igual medida al acreedor moroso, es decir a la víctima del ilícito anticompetitivo en nuestro caso, cuando esta tuviera algún grado de culpa en su actuar (54). En consecuencia, la culpa de la víctima podría influir en el grado de daños e intereses que correspondan ser indemnizados por el autor del ilícito anticompetitivo, pudiendo inclusive llegar a hacer desaparecer la responsabilidad si los daños pudieran llegar a considerarse imputables a las propias víctimas.

Por último, cabe destacar que en este sentido la Comisión Europea ha considerado reiteradamente que el presupuesto de culpabilidad constituye un obstáculo que dificulta el ejercicio de las acciones de daños derivadas de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”). En la mayoría de los Estados Miembros de la UE la imputabilidad no constituye un presupuesto adicional que deba ser probado en acciones de daños por violación a la normativa de defensa de la competencia, sea porque basta con acreditar la infracción o porque probada la infracción existe presunción de culpabilidad. La Comisión Europea considera que la culpabilidad debe ir implícita en el presupuesto de la ilicitud, ya que exigir la prueba de la culpabilidad dificulta sobremanera el ejercicio de las acciones de daños en la materia (55).

(51) FLORIAN, E., *Trattato de diritto penale*, vol. I, nro. 179, p. 1.

(52) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1739.

(53) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1726.

(54) Cfr. Cód. Civ. y Com., arts. 1719 y 1729.

(55) Véase, “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños

IV.2.3. Daño sufrido por el acreedor

El tercer presupuesto de la responsabilidad del deudor lo constituye el daño sufrido por el acreedor. Si la infracción o incumplimiento no se traduce en un perjuicio para el acreedor, en nuestro caso la víctima del ilícito anticompetitivo, este no puede pretender la indemnización de un daño inexistente, ya que estaríamos ante un enriquecimiento sin causa, por falta de título para su obtención (56).

IV.2.3.1. El daño concurrencial general y el daño concurrencial particular

En primer orden, es necesario diferenciar claramente entre los daños a la competencia o concurrenciales generales, entendiéndose a estos como aquellos que afectan a la libre competencia y, en sentido estricto, al interés público, de los daños concurrenciales particulares o priva-

y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (2013/C 167/07), Diario Oficial de la Unión Europea, C. 167/19, Estrasburgo, 11/6/2013. Esta propuesta de la CE disponía expresamente lo siguiente sobre esta cuestión: “La constatación de una infracción de las normas de competencia, la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones de la normativa antitrust y la acreditación del vínculo de causalidad entre la infracción y el perjuicio sufrido suelen requerir un análisis factual y económico complejo. La mayor parte de los medios de prueba pertinentes que el demandante necesitará para acreditar los hechos se encuentra en posesión del demandado o de terceros o no suele ser conocida o estar al alcance del demandante (‘asimetría de la información’). Es un hecho ampliamente reconocido que la dificultad del demandante para obtener todas las pruebas necesarias constituye en muchos Estados miembros uno de los obstáculos más importantes en las demandas por daños y perjuicios en asuntos de competencia”.

(56) Como veremos más adelante, esta situación podría darse en materia de ilícitos antitrust, ya que —como hemos visto— el régimen legal argentino en materia de responsabilidad extracontractual alcanza no solo a los damnificados directos (como sería en los EE.UU.), sino también a los damnificados indirectos (de modo similar al régimen de Europa). En estos casos, al considerar la cuestión del *passing-on defense* analizaremos las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la contracara de admitir la legitimación activa a los damnificados indirectos, trae aparejada la posibilidad de que los demandados puedan también oponer la defensa de que estos damnificados, sean directos o indirectos, han trasladado los efectos del ilícito a terceros. Lo contrario implicaría crear una fuente de beneficios para los damnificados.

dos, que son los que se producen como consecuencia de un comportamiento contra la libre competencia pero que tienen impacto en el patrimonio o en los derechos personales de uno o varios operadores económicos.

En este sentido, existen daños anticompetitivos que podrían no afectar intereses personales, por lo que a los mismos corresponderá aplicarles principalmente sanciones de naturaleza administrativa (57). Tal el caso de acuerdos restrictivos de la competencia pero que no lleguen a materializarse en el mercado y, en consecuencia, no produzcan un daño particular. Esta conclusión deriva de lo que autorizada doctrina ha sostenido tradicionalmente en el marco del régimen legal argentino, respecto a que, entendiéndose por daño a un perjuicio actual, susceptible de dar nacimiento a una acción de daños y perjuicios, es obvio que puede haber hecho ilícito sin daño (58). Lo hay siempre que el hecho no dé nacimiento a una acción de daños y perjuicios, aunque sí a otras acciones protectoras de intereses legítimos.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, ante un ilícito anticompetitivo se afectará tanto el comportamiento general del mercado como los derechos particulares de ciertos competidores o consumidores. En estos casos, serán aplicables tanto las sanciones administrativas (siendo este el *enforcement* o ejecución pública de las normas de competencia) como las sanciones civiles (el *enforcement* privado), requiriéndose en consecuencia una suerte de aplicación coordinada de la ejecución pública y privada de las normas de defensa de la competencia.

IV.2.3.1.1. Daño concurrencial general

Los ilícitos en materia de defensa de la competencia pueden ocasionar una pérdida del

(57) A modo de ejemplo, por citar un caso reciente en el que la Autoridad de Aplicación sancionó a los partícipes de un cártel que no habría tenido efectos en el mercado y, por ende, presuntamente no habría producido daños, ver dictamen CNDC en autos: “Sanatorio San Carlos, Hospital Privado Regional del Sur, Sanatorio del Sol y otros s/infracción a la ley 25.156 (C. 1463)”, 23/2/2018.

(58) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 224.

bienestar social, como así también derivar en la utilización ineficiente de recursos. Esta pérdida se refleja en la reducción de producción de bienes, siendo entonces la cantidad producida inferior a la que sería óptima en condiciones de competencia perfecta. Esta reducción tiene como consecuencia necesaria la de soportar mayores precios de los bienes del mercado en cuestión (59).

La pérdida del bienestar social se da por la pérdida del excedente del consumidor que se daría en situaciones de competencia perfecta, donde el precio de equilibrio estaría determinado por la intersección de la curva del costo marginal del productor y la curva de la demanda en el mercado respectivo. Asimismo, puede existir un sobreprecio, ya que el monopolista producirá cantidades de bienes que le permitan igualar su costo marginal al ingreso marginal, cobrando el precio en que dicha cantidad producida corta la demanda (60).

Esta pérdida del bienestar social no podrá atribuirse a una persona determinada, por lo que tampoco sería posible considerar su reparación por las vías de la responsabilidad civil del derecho común. Por ello, el daño concurrencial o anticompetitivo general otorga al derecho de defensa de la competencia su carácter de norma de orden público, fundamento necesario de las sanciones particulares previstas bajo la LDC, que serán distintas a las que pudieren corresponder bajo la indemnización de daños de conformidad con el régimen del derecho común.

El Capítulo VII de la LDC (61) establece las sanciones aplicables por violaciones a las conductas prohibidas por la misma. Estas sanciones son propias del derecho penal administrativo, aplicándosele a las mismas todas las garantías propias del derecho penal. Dichas medidas van desde el cese de los actos o conductas y la remoción de sus efectos, la imposición de mul-

tas, el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas. Todas estas sanciones, establece la misma disposición legal, se aplicarán sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.

IV.2.3.1.2. Daño concurrencial particular

Adicionalmente a las sanciones mencionadas, que están destinadas principalmente a la corrección, sanción y prevención de los atentados contra la libre competencia, tal como hemos analizado previamente, la LDC prevé la posibilidad de que los particulares damnificados por los actos prohibidos por dicha ley ejerzan la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común, ante el juez competente (62).

Esta última disposición es acorde con el principio general del derecho que indica que todo daño injustamente ocasionado a otra persona debe ser indemnizado. Este principio ha sido expresamente reconocido en el art. 1716 (63) del Cód. Civ. y Com. y es de plena aplicación en materia de daños producidos en el ámbito de defensa de la competencia.

Es importante distinguir que los ilícitos anticompetitivos pueden producir daños en un competidor puntual, de los que producen efectos sobre los derechos de un conjunto de personas, terceros ajenos a la relación de competencia, con quienes el infractor no tiene relación alguna (64). Asimismo, puede incluso llegar a producir efectos sobre consumidores o usuarios de servicios o productos que desarrollan su actividad en el mismo mercado o en mercados conexos. Por último, debe también considerarse que la conducta anticompetitiva puede llegar a producir efectos en mercados geográficos y de productos muy distantes, te-

(59) PINDYCK, Robert S. - RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomía*, Tercera Parte "La estructura del mercado y la estrategia competitiva", Sección 10.4, "Los costes sociales y el poder de monopolio", 1995.

(60) LEWIN, Nicolás, *La indemnización...*, cit., p. 47.

(61) Cfr. LDC, art. 55.

(62) Cfr. LDC, art. 62.

(63) Cfr. Cód. Civ. y Com., art. 1716.

(64) Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de precios en el que se afectó a un productor concreto, pero también produce daños en distribuidores, que ven afectado su negocio como consecuencia del acuerdo restrictivo mencionado.

niendo en muchos casos impacto en distintas jurisdicciones nacionales (65).

En este sentido, entendemos por daño concurrential particular al menoscabo que experimenta la víctima de un ilícito anticompetitivo sobre su patrimonio, a causa del incumplimiento del infractor. El daño estaría conformado así por dos elementos: (i) *el daño emergente*, que está constituido por la pérdida sufrida por la falta de ingreso de la prestación debida a su patrimonio; y (ii) *el lucro cesante*, que correspondería a la ganancia frustrada por el incumplimiento del deudor.

Así, la indemnización de daños por ilícitos anticompetitivos consistirá en la valuación en dinero de la totalidad del daño resarcible que el responsable del ilícito deberá satisfacer a favor de la víctima. Con fundamento en el imperativo de justicia, el objetivo principal de esta indemnización consiste entonces en intentar remediar el desequilibrio causado al orden jurídico por parte del incumplimiento del infractor y restablecida la víctima en la situación patrimonial más próxima a la que debió haber tenido de no mediar el hecho imputado al responsable del acto contrario al orden de la libre competencia (función de equilibrio o nivelación).

Asimismo, para que el daño en cuestión sea resarcible deberán darse los típicos requisitos exigibles en materia de responsabilidad civil. Es decir que el daño deberá ser *cierto* (y no eventual), *subsistir* al momento en que se le computa, *personal* de quien pretende la indemnización, afectar un *interés legítimo* del damnificado y estar en *relación causal* con el hecho imputado al responsable. Cabe hacer hincapié que, en el marco concurrential privado, los daños deben ser necesariamente *antijurídicos*, ya que muchos de los daños que se dan en el ámbito antitrust pueden ser lícitos. Es decir, pueden producirse daños que se produzcan por el normal funcionamiento de la libre competencia en

el mercado que, en consecuencia, deberán ser soportados y no serían indemnizables (66).

IV.2.3.1.2.1. A propósito del instituto de los daños punitivos

Siguiendo los principios de la responsabilidad civil extracontractual, entre los caracteres de la indemnización —además de ser subsidiaria y pecuniaria— en el marco del presente trabajo debe resaltarse que, conforme el régimen jurídico argentino, la indemnización ha de ser principalmente resarcitoria.

Sin embargo, y conforme lo ha receptado el art. 64 de la nueva LDC recientemente, el damnificado por ilícitos anticompetitivos podrá solicitar expresamente ante el juez que se le imponga al infractor una multa civil de naturaleza punitiva (67) a favor del propio damnificado.

El daño punitivo es una especie de multa civil accesorias, que se añade a la indemnización por daños —siendo esta de carácter resarcitorio—, aplicada en beneficio del damnificado, con la finalidad de castigar al proveedor que incurra en graves inconductas y el objetivo último de cumplir un fin disuasorio para quien causa o pudiere causar daño (68). Es decir, son aquellos que se conceden a la víctima de un daño más allá del efectivamente sufrido, que se otorgan además del daño patrimonial (daño emergente

(66) En otras palabras, la pérdida de *market share* en un determinado mercado, la reducción de ventas, la pérdida de clientes o casos similares a estos que se produzcan como consecuencia de estrategias lícitas de competidores o por el ingreso de nuevos jugadores al mercado o por otras situaciones lícitas, no constituyen daños injustos y, por ende, no legitima a aquellos a reclamar por daños.

(67) LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad civil”, LLP2002-1302. En este trabajo, Lorenzetti sostiene que una de las funciones principales de la responsabilidad civil es la función preventiva, que se cumple por medio de la tutela inhibitoria y que incluye, entre otros institutos, a los daños punitivos.

(68) VÍTOLO, Daniel R., “Sanciones pecuniarias disuasivas”, LL del 4/9/2013, p. 2. En su trabajo, este autor presenta una definición similar sobre el instituto, realiza un valioso análisis introductorio a los daños punitivos, analiza detalladamente el texto actual del art. 52 bis de la ley 24.140 de Defensa del Consumidor y realiza una crítica fundada sobre las virtudes y defectos de las nuevas propuestas presentadas en esta materia en el Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio.

(65) Por ejemplo, el caso del cártel de las líneas aéreas de cargo que fueron sancionadas por las autoridades de competencia de varias jurisdicciones (EE.UU. y Europa, entre otras), habiéndose luego iniciado acciones de daños por particulares afectados también en distintas jurisdicciones.

y lucro cesante) y del daño extrapatrimonial (daño moral) (69).

Sin querer ahondar en el análisis de este instituto, ya que ello excedería ampliamente el objeto de este trabajo, debemos mencionar brevemente que este instituto está en pleno desarrollo y en el centro del debate actualmente en nuestro país (70). En este sentido, algunos han sostenido su inconstitucionalidad (71), sobre la base de que el mismo violaría ciertas garantías constitucionales (p. ej., el derecho del *non bis in idem*) y que en rigor —tratándose de una sanción retributiva— debería ser encuadrado dentro de las garantías y principios del derecho penal para los delitos y las penas. Anticipamos nuestra opinión, respecto a que el instituto nos parece constitucional (siguiendo el ejemplo anterior, no se violaría el derecho del *non bis in idem*, ya que el daño punitivo sería una condena accesoria de la principal), amén de considerar que nuestro legislador ya ha admitido otros institutos similares que tienen por objetivo evitar que quien produce un daño obtenga ventajas de su ilicitud (72). Sin embargo, y conforme ya lo hemos manifestado en trabajos anteriores, consideramos que habiéndose admitido este instituto en nuestro régimen legal, es más oportuno aplicar los esfuerzos en lograr que el mismo se legisle óptimamente, para lo que habrá de determinarse si haber incluido este instituto bajo el sistema de defensa del consumidor en lugar en el marco de la responsabilidad civil en general, determinar las garantías necesarias a los demandados, cómo se gradúa la multa civil, el destino de la sanción y otras cuestiones, a los fines de evitar el abuso de esta figura.

(69) SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL del 20/7/2009, p. 2.

(70) Para un análisis más profundo de este instituto, ver: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 2011; PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en *Derecho de daños*, 2ª parte, libro homenaje al profesor Félix Alberto Trigo Represas, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

(71) PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados daños punitivos”, LL 2007-F-1154.

(72) Por nombrar algunos ejemplos, tenemos en nuestra legislación la posibilidad de pactar cláusulas penales (art. 656, viejo Cód. Civ.), las astreintes (art. 666 bis, viejo Cód. Civil), los intereses punitivos o sancionatorios (art. 45, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Dicho esto, consideramos que, a los efectos del presente trabajo, este instituto se presenta como una herramienta de indudable valor para reforzar la disuasión sobre potenciales infractores a la LDC, limitar los abusos de ciertas empresas y, en especial, evitar las situaciones en las que pareciera más económico realizar el daño y luego indemnizarlo, antes que evitarlo directamente.

IV.2.3.2. Métodos de cuantificación del daño

De conformidad a lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, la responsabilidad civil tiene por objeto restablecer las cosas al estado anterior al daño o, al menos, a una situación lo más similar posible a la que hubiere estado el damnificado de no haber tenido lugar el daño en cuestión (73). Cuando ello no fuere posible, y con la misma finalidad en mente, en casos de defensa de la competencia habrá de fijarse una indemnización mediante sumas de dinero que permitan al damnificado volver a la situación en la que hubiere estado, de no haber mediado el acto anticompetitivo que originó el daño.

Es decir, comprobándose la existencia del daño, habrá de determinarse seguidamente cuál es el quantum de ese daño, a los efectos obtener una reparación acorde.

La complejidad en la cuantificación de los perjuicios en los casos de defensa de la competencia se ve aumentada por la cantidad de personas que pueden resultar perjudicadas y que podrían ser titulares de la acción de indemnización de perjuicios. Conforme hemos analizado precedentemente en este trabajo, los perjudicados pueden ser varios.

En relación con el *daño emergente* el mayor desafío que encontrará el juzgador será el de determinar la forma en que los mayores costos, producidos por el acto ilícito, son traspasados entre los distintos actores, debiendo plantearse el escenario en que cada uno de los agentes económicos se desenvolvería si no hubiese existido el ilícito anticompetitivo. Por otra parte, la dificultad que se presenta para la determinación del *lucro cesante* es la diversidad de factores que pueden influir en un resultado

(73) ALTERINI, Atilio, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, p. 7.

económico, la que puede verse aumentada en ciertos casos por la salida del mercado por parte de la víctima. Para estos efectos, existe un gran número de métodos empíricos utilizados en el derecho comparado para cuantificar daños causados por un cártel, los que en principio no son excluyentes entre sí.

Vale también aclarar que dado que no existen disposiciones legales que indiquen la prevalencia de un método sobre otro (más aún, cuando entre ellos podrían sobreponerse, complementarse o emplearse a los efectos de contrastar los resultados de su aplicación práctica), será el juez interviniente en el caso puntual quien deberá valorar la utilidad y la fiabilidad de cada uno de estos métodos según su criterio.

Algunos de los principales métodos (74), siguiendo la categorización del Reporte Ashurst (2004) (75), y de acuerdo con la terminología más comúnmente aceptada por los economistas y especialistas en la materia (76), serían los siguientes: (i) *before and after approach*, (ii) *yardstick approach*, (iii) *cost based approach*, (iv) *simulation approach* (77) (78).

(74) Para una descripción más detallada de cada método, ver TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(75) Reporte Ashurst, cit., Parte I, Sección 3, p. 17.

(76) Una descripción más detallada de estos métodos puede encontrarse en el trabajo realizado para la DG Comp., por parte de Oxera, un grupo de abogados liderado por el Dr. Komninos y un grupo de economistas: OXERA - KOMNINOS *et al.*, *Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-Binding Guidance for Courts*, diciembre, 2009. También puede ser de interés lo tratado sobre el particular en (i) Reporte Ashurst, cit., Parte I, Sección 3, p. 17; (ii) LEWIN MUÑOZ, Nicolás, *La indemnización...*, cit., cap. 5, p. 51; (iii) nota complementaria preparada para la DG Competetion por parte de Oxera: OXERA, *Comments on the European Commission's Draft Guidance Paper on Quantifying Damages*, septiembre, 2011; (iv) RUBINFELD, Daniel, *Antitrust Damages*, 2011.

(77) El segundo informe de Oxera sobre cuantificación de daños (OXERA, *Comments...*, cit., Sección 3.2, p. 6), critica la utilización de la palabra “simulación” ya que la misma da la sensación de algo muy complicado, proponiendo en su lugar designarlo más en referencia a la estructura de mercado (*market-structure-based approach*).

(78) En nuestro país, cabe destacar el trabajo de Germán Coloma, que presenta un método prospectivo simplificado que serviría para estimar los daños en casos de defensa de la competencia en los que no se tengan

Los diferentes métodos de cálculo coinciden en el hecho de que la cuantificación de los daños se hace a partir de un análisis hipotético que consiste en determinar la situación en la cual se encontraría la víctima del ilícito anti-competitivo de no haber ocurrido la infracción a las normas de competencia. Existen otros métodos alternativos de categorización para el cómputo de daños, cuyo análisis en detalle excede el objeto del presente trabajo (79).

Cabe resaltar nuevamente que en el ordenamiento de nuestro país no regula los criterios a partir de los cuales se debería establecer el monto indemnizatorio, ni tampoco se establece el método que eventualmente podría emplearse a tales efectos. Sin perjuicio de ello, nada obsta a que alguno o varios de los métodos previamente mencionados sean utilizados por los jueces al realizar la valuación de los daños, máxime teniendo en cuenta que los mismos son de uso ordinario en distintos países de Europa, muchos de los cuales tienen sistemas y principios legales similares al argentino en este aspecto.

Entre otros factores, dependerá su determinación según la conducta que hubiere tomado la actora. Es decir, si trasladó los perjuicios (ej. sobreprecio) a las etapas posteriores de la producción o distribución. Sobre este tema ampliaremos más adelante al tratar la cuestión del *passing-on defense* (80).

datos respecto de una situación alternativa a la de la conducta supuestamente anticompetitiva (por ejemplo, con prácticas anticompetitivas de tiempo prolongado, donde no hubiere situación competitiva alternativa). Para mayor información sobre este método, ver COLOMA, Germán, “Un método prospectivo simplificado para la estimación de daños en casos de defensa de la competencia”, Serie “Documentos de Trabajo”, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Argentina, noviembre, 2011.

(79) Recientemente, en julio de 2018, la Comisión Europea lanzó un proceso de consulta de su propuesta de “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota de sobrecostos que se repercutió al comprador indirecto”, cuyo objetivo pretende proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales, jueces y demás partes interesadas en las acciones por daños y perjuicios por las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE orientaciones sobre cómo calcular la repercusión de los sobrecostos.

(80) En el fallo de “Autogas”, la juez de Primera Instancia hace una clara descripción de cómo parte

El caso de los EE.UU. presenta particularidades propias, ya que el sistema legal americano fija la posibilidad de reclamar *treble damages*(81), siendo uno de los principales efectos disuasivos de la normativa antitrust de los EE.UU., es decir la posibilidad de los demandantes de recuperar tres veces (*treble*) los daños realmente sufridos, además de los costos y honorarios legales.

Por su parte, en la UE no existe la posibilidad de reclamar *treble damages* como en los EE.UU., pero debido al largo período de duración de los cárteles en general, la posibilidad de sumar intereses puede permitir fácilmente duplicar el daño real. Asimismo, la Corte Europea de Justicia, en el caso “Manfredi”, determinó que las víctimas no solo deberían poder reclamar daños reales, sino también lucro cesante e intereses.

IV.2.4. Relación de causalidad

Ha dicho la doctrina que debe tenerse en cuenta que el principio ontológico de la causalidad es una derivación del principio lógico de la razón suficiente que responde a la siguiente fórmula: *todo lo que es, lo es por alguna razón* (82).

Cabe aquí diferenciar la relación de causalidad con los factores atributivos de la responsabilidad ya que, aunque ambos aparezcan vinculados, el primero se refiere al autor del daño y el otro, por el contrario, hace referencia a la cuestión de si dicho autor debe efectivamente ser considerado responsable del daño en cuestión.

Jurídicamente la relación de causalidad puede definirse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa (83).

del sobreprecio había sido trasladado más abajo en la cadena de comercialización, a los efectos de determinar los montos de la indemnización reclamada por la parte actora. Para mayores detalles, consultar Juzg. Nac. Primera Instancia en lo Comercial nro. 14, Secretaría nro. 27, 16/9/2009 “Autogas SA c. YPF SA y otro s/ordinario”.

(81) Cfr. Sección 4, Clayton Act.

(82) GOLDENBERG, Isidoro, “La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1997, p. 112.

(83) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, 2004, t. I, p. 580.

Conforme lo han admitido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia, para que deba responderse por un daño, es necesario que el mismo haya sido “causado”, mediante acción u omisión, por su autor. En este sentido, la relación de causalidad constituye un presupuesto esencial para la reparación del daño.

Este presupuesto de la responsabilidad es tal vez el de mayor dificultad de prueba para la víctima del ilícito antitrust. En muchos casos, no es únicamente la conducta anticompetitiva del infractor la que produce el daño, sino que además confluyen otro conjunto de causas ajenas tanto económicas como del propio mercado, que forman parte del riesgo empresario (84). Despejar estas causas para luego realizar el análisis de la imputabilidad, puede resultar una tarea compleja y costosa para las víctimas de ilícitos anticompetitivos, que deberán hacerse asesorar por expertos que faciliten la producción de la prueba de los hechos.

IV.3. Legitimación

IV.3.1. Legitimación activa y el *passing-on defense*

En el presente trabajo (85), hemos analizado quiénes son las potenciales víctimas de ilícitos anticompetitivos. El derecho a reclamar daños tiene origen indudablemente principios básicos de nuestro derecho y, en particular, en el art. 62 de la LDC.

Existen dos enigmas interrelacionados que surgen en este contexto: (i) por un lado, la cuestión de quiénes tienen legitimación activa para iniciar acciones de daños y, en particular, si únicamente pueden realizarlo las víctimas directas

(84) Estas causas o factores ajenos al ilícito antitrust, pueden ir desde la incorporación al mercado de nuevos competidores o nuevas tecnologías, hasta la implementación de políticas de intervención de los mercados por parte del Estado o a fenómenos como la inflación o la misma deflación. Inclusive, como ya lo hemos analizado más arriba, puede que la propia culpa de la víctima haya causado en todo o en parte el daño en cuestión (para lo que será de aplicación el arts. 1719 y 1729 del Cód. Civ. y Com.), o que el mismo sea causado por una catástrofe o por el hecho de un tercero.

(85) Véase, Sección 3 del presente trabajo.

(compradores directos) o si también pueden realizarlo las víctimas indirectas (compradores indirectos) de un comportamiento anticompetitivo; y (ii) la otra, si existe para los demandados el derecho de plantear el llamado *passing-on defense*.

Sobre quiénes pueden constituirse en legítimos activos para iniciar acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, no existe unanimidad de criterios en el derecho comparado. Como ya hemos analizado en el presente trabajo, si bien no existen dudas respecto a la legitimación de los compradores directos, en ciertas jurisdicciones es más discutida la legitimación de los compradores indirectos.

Por su parte, en los Estados Unidos únicamente se otorga legitimación activa a los compradores directos, no así a los indirectos (86). El mencionado fallo “Illinois Brick” (87) de la Corte Suprema de dicho país, en 1977 resolvió que la indemnización de daños y perjuicios no puede ser solicitada por los compradores indirectos (88), teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente punitivo y disuasivo que reviste la indemnización de daños en dicho régimen jurídico, que faculta a la víctima recuperar tres veces (*treble damages*) los daños sufridos por esta (89).

Por el contrario, en Europa en general se reconoce la legitimación activa al comprador indi-

recto (90). Desde la sentencia “Courage” (91) ha quedado claro que a nivel europeo pueden reclamar daños tanto las empresas como cualesquiera otros terceros perjudicados, sean estos consumidores, usuarios, accionistas, inversores o quienes pudieren ver lesionados sus derechos por las conductas restrictivas. Este criterio aplicado por el Tribunal de Justicia Europeo, ha sido confirmado en la Directiva de Daños Antitrust, que garantiza que “toda persona” física o jurídica perjudicada por infracciones de las normas de competencia se le conceda una protección equivalente en toda la UE y pueda ejercer de forma eficaz su derecho de la UE al pleno resarcimiento a través de demandas por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La Directiva de Daños Antitrust asume, por tanto, un criterio compensatorio: su objetivo es lograr que quienes hayan sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia sean indemnizados por la empresa o empresas que haya violado la normativa.

Entendemos que criterio similar al aplicable en Europa es el aplicable en Argentina. En este sentido, corresponderá el derecho a la reparación de daños y perjuicios dispuesto bajo el art. 62 de la LDC tanto a las partes directamente

(86) Cfr. “Schaffer v. Universal Rundle Corp.”, 397 D. 2d 893 (5th Cir. 1968); “Productive Inventions Inc. v. Trico Products Corp.”, 224 F. 2d 678 (2nd Cir. 1955).

(87) Cfr. “Illinois Brick Co. v. Illinois”, 431 U.S. 720 (1977).

(88) Este criterio, ha sido discutido en los últimos años y estaría por ser revisado por la propia Corte Suprema de los EE.UU.

(89) Parte importante de la doctrina también ha sostenido que no debe reconocerse la legitimación activa a los compradores indirectos, sobre el entendimiento de que la relación causal inmediata de los daños sufridos por el comprador indirecto no se encontraría en el comportamiento del autor del ilícito anticompetitivo, sino —por el contrario— en el hecho del comprador directo que traslada aguas abajo en la cadena de distribución el sobreprecio impuesto a este por parte del autor del ilícito.

(90) Cabe destacar que en Europa algunos sistemas legales nacionales contienen reglas restrictivas sobre legitimación activa para acciones de daños relacionadas con la libre competencia. En los sistemas legales continentales, la cuestión de daños anticompetitivos ha sido más o menos clara en aquellas jurisdicciones que siguen el Cód. Civil francés (art. 1382), permitiendo un criterio más amplio con relación a quienes tendrían legitimación activa. Sin embargo, han existido ciertos problemas en países que siguen la doctrina alemana de *Schutznorm*, por la que las partes actoras que reclamen daños deberían pertenecer a un grupo de personas que el legislador pretende proteger. Por su parte, en otros países —como el caso notable de Italia— los tribunales han tenido dificultad para otorgar legitimación activa a ciertas personas, en particular consumidores, como consecuencia de la distinción entre derechos subjetivos (*diritti soggettivi*) e intereses legítimos (*interessi legittimi*). De acuerdo con este último criterio, las normas de competencia únicamente protegerían a los últimos y los consumidores no podrían valerse de este ámbito de protección (criterio a su vez que hoy se encuentra discutido judicialmente en Italia).

(91) Cfr. “Courage Ltd. c. Crehan Bernard”, C-453/99 (2001), ECR I-6297.

afectadas por el ilícito anticompetitivo, como también a los competidores excluidos por acciones predatorias tengan o no tengan estos relación con el infractor, los consumidores que hubieren pagado sobreprecios como consecuencia de un abuso de posición dominante o acuerdo colusorio, como también los empleados o proveedores de aquellos competidores excluidos. En este sentido, la responsabilidad civil aplicable bajo el derecho argentino es más extensa que la de la legislación de los Estados Unidos (92).

Entendemos que se presenta un desafío, como consecuencia de esta legitimación activa amplia, ya que podría darse el caso que sean demandantes de daños las empresas que hayan sido parte del acuerdo restrictivo. En este contexto, paradójicamente, aquellas empresas contarán con mayores facilidades probatorias de las que cuentan terceros ajenos al ilícito. En este caso, los tribunales deberán analizar si el demandante puede demandar daños en tales casos o si, por el contrario, los partícipes del ilícito no cuentan con tal derecho como consecuencia de que nadie puede aprovecharse de su propia conducta ilícita.

En esta línea, además, entendemos que en el marco de nuestro derecho es aplicable la doctrina de los actos propios y, en consecuencia, quien hubiere sido infractor no tendría derecho a reclamar indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento antijurídico del que fue parte. Si se interpretara lo contrario y eventualmente prosperase una acción de daños en este contexto, sería de plena aplicación lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. respecto a las consecuencias de quien se expone al daño de manera imprudente y, por ende, aceptó implícitamente las posibles consecuencias de su actuar, ve así reducido su derecho a indemnización.

Analicemos ahora la cuestión del *passing-on defense*. Supongamos que los miembros de un cártel de productores de madera han estado fijando precios por un determinado período de tiempo. Sus clientes inmediatos (compradores directos), que compran madera para producir muebles, habrán pagado más por la madera

de lo que estos hubieren pagado en ausencia de dicho cártel. Sin embargo, puede pasar que el incremento de precio sea trasladado (*passed on*), en todo o en parte, por este comprador a sus propios clientes, es decir, los compradores de muebles (en nuestro ejemplo, los compradores indirectos). Más aún, dichos compradores podrían ellos mismos trasladar todo o parte del incremento de precio más abajo en la cadena de distribución.

Algunas cuestiones surgen de esta situación: en primer lugar, si los productores de muebles (compradores directos) demandan a los miembros del cártel de productores de madera, ¿podrán estos últimos alegar como defensa que los productores de muebles trasladaron su pérdida a sus propios compradores (los compradores indirectos)? En otras palabras, ¿podrán oponer el *passing-on defense*?

Estas cuestiones, presentan algunas complejidades. Por un lado, denegar la posibilidad de invocar la defensa de que los mayores costos han sido trasladados (*passed-on*) a otros niveles de la cadena de distribución, implicaría permitir que los productores de muebles (compradores directos) recuperen daños por una pérdida que en rigor no han sufrido. Por otra parte, permitir el *passing-on defense* sugiere que empresas, o eventualmente también consumidores finales, muy debajo de la cadena de distribución, podrán también reclamar reparación de daños. Sin embargo, a medida que se va bajando en la cadena de distribución, se dificulta el cálculo del daño sufrido, existiendo el peligro de que, siendo tan mínimo el daño sufrido por empresas o consumidores finales, nadie finalmente demande por daños directamente: esto permitiría justamente confirmar la ganancia mal habida por parte de quienes cartelizaron el mercado.

En los EE.UU. la Suprema Corte rechazó el *passing-on defense* en “Hanover Shoe” (93), porque —como ya hemos mencionado— en dicho país los daños juegan un rol fundamental en la disuasión de cárteles (94). En este sentido,

(93) Cfr. “Hanover Shoe Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.”, 392 US 481 (1968).

(94) Mediante el reconocimiento al demandante de tres veces los daños que fueren acreditados (*treble damages*), en lugar de daños simples (compensatorios).

(92) Véase, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h), *Derecho antimonopólico...*, cit., t. II, p. 390.

el principio general por el que no se permiten demandas por parte de compradores indirectos establecido por la Suprema Corte de dicho país en “Illinois Brick” (95), es un corolario natural de lo resuelto bajo “Hanover Shoe” con relación al rechazo del *passing-on defense*.

En Europa, el criterio general es el de permitir el *passing-on defense*. Lo resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo en “Manfredi” (96) no trata específicamente la cuestión del *passing-on defense*, sin perjuicio de que sostiene que deberá permitírsele a “cualquier” individuo reclamar daños por pérdidas causadas por conductas anticompetitivas, entendiéndose en tal sentido que tanto compradores directos como indirectos podrán iniciar acciones legales.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en Alemania los tribunales han tenido inconvenientes en otorgar legitimación activa a ciertos reclamantes, ya que existe una norma específica contra el *passing-on defense* (97). Por el contrario, en Francia los tribunales reconocen plenamente el *passing-on defense*, como contracara de que el tema de la legitimación activa de los compradores indirectos no es cuestión controvertida en dicha jurisdicción.

Como hemos analizado más arriba, en nuestro país cualquier damnificado podrá reclamar daños, siguiendo un esquema más similar al europeo en este sentido. En esta línea, el fallo “Autogas” también aporta algo de claridad respecto a la viabilidad de alegar el *passing-on defense* en nuestro ámbito, resolviéndose en dicha causa hacer parcialmente lugar a la defensa presentada por YPF sobre el particular. En particular, la juez consideró que parte del daño reclamado por la actora no correspondía que le fuera indemnizado, ya que esta había trasladado “aguas abajo” parte del sobreprecio que le reclamaba a la demandada (98). Derivado de esto, salvo que

hubieren operado las prescripciones del caso, consideramos que los compradores indirectos (p. ej., los consumidores finales) que —según nuestra opinión tienen legitimación activa suficiente bajo nuestro ordenamiento— eventualmente hubieren podido reclamar por el excedente de la parte del daño no reconocido al comprador directo, es decir la parte actora del caso “Autogas”.

IV.3.2. Procesos de clase

Dentro del limitado marco del presente trabajo, nos referiremos brevemente aquí a lo que ha dado por llamarse entre nosotros como “acciones de clase”, pero que nosotros denominaremos “procesos de clase”, siguiendo así a autorizada doctrina en la materia (99) y en honor a la utilización más precisa del lenguaje.

El derecho de hoy es muy distinto al derecho vigente en la época de nuestros padres y abuelos. Entre otras diferencias, es moneda corriente de nuestra realidad identificar grupos de contratos sujetos a condiciones generales de contratación o a cláusulas predisuestas. Es normal, en consecuencia, que el proceso evolucione hacia procesos “en masa” que requieren fallos de alcance general similar a los casos que los originan. En esta línea, es indudable que los procesos de clase son una realidad en nuestro país. Hace tiempo que vienen gestándose y definitivamente han llegado para quedarse, más allá de las discusiones —no menores, por cierto— sobre los eventuales costos de su implementación en nuestro derecho, el esfuerzo que implica no “copiar y pegar” sistemas de jurisdicciones foráneas en nuestra propia realidad local o cuestiones similares que se abren en el debate sobre los procesos de clase (100).

habían sido trasladados al precio final pagado por los consumidores (i.e., los dañados por la conducta de YPF habrían sido los consumidores principalmente, no los distribuidores de GLP). Basándose en el informe del perito contador, el juez resuelve aceptar el 30% del monto reclamado por la actora.

(99) GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Acumulación de procesos y procesos de clase*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 79 y ss.

(100) Hace ya más de sesenta años, Marco Aurelio Risolía denunció en su tesis doctoral que para entonces ya existía un denominador común para todo el derecho individualizándolo en “(...) el debilitamiento del punto

(95) Cfr. “Illinois Brick Co. v. Illinois”, 431 US 720 (1977).

(96) Esto también se reitera en “Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt”, Caso C-360/09 [2011] ECR I-000, [2011] 5 CMLR 219.

(97) Cfr. GWB - Ley Alemana de Competencia, art. 33(3).

(98) Cfr. “Autogas”, donde la juez consideró lo informado por la CNDC respecto a que los sobreprecios

Es cierto que la adopción de estos procesos de clase, implican costos. Sin embargo, consideramos que resulta mucho más costoso continuar con la situación presente, con juzgados abarrotados de expedientes, causas que se demoran años sin resolución, distintos juzgados que conocen procesos idénticos, a riesgo de tener distintas soluciones para idénticas situaciones, todo ello, además del efecto multiplicador de tener abogados tantos empleados y horas de trabajo alrededor de tantos juzgados distintos que intervienen en tantas causas similares.

Es necesario —e imperioso— asumir la situación que indica que en nuestro país los procesos de clase son una realidad y que, ante los peligros que surgen ante la falta de regulación legal adjetiva expresa(101), la única opción viable que queda es la de legislarlas del mejor modo posible. Legislar los procesos colectivos acabadamente y de modo adecuado, permitirá además mitigar los costos de su implementación y beneficiar a todas las partes del proceso por igual (actores y demandados).

de vista individual y el robustecimiento del punto de vista social en las relaciones entre los hombres”.

(101) GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, LL 2009-B-186. En este artículo, el autor sostiene que a los fines de regular los procesos de clase, deberá de considerarse cómo se configura la clase, si debe hacerse a petición del actor, del demandado o también de oficio, quién sería el juez competente, si deberá establecerse que la interjurisdiccionalidad de intereses justifica la intervención de la justicia federal o deberán promoverse tribunales regionales, cómo se evita la duplicidad de procesos idénticos, si se creará un registro de procesos de clase, cómo se cita a los integrantes de la clase, quién ha de representar a la clase, si este será elegido por los propios miembros de la clase, por prioridad en la promoción de la demanda, o si se atribuirá a organismos públicos, si se exigirá al representante calidades especiales y tareas de información periódica, qué rol desempeñarán el Defensor del Pueblo, las Asociaciones y el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, qué previsiones se establecerán sobre el trámite, sobre la prueba de absolución de posiciones o si debe cambiar el modo en que deben desarrollarse algunas audiencias, cómo se regulan las transacciones, cuáles serán los efectos de las sentencias, qué recursos admitirán los fallos y quiénes estarán legitimados para interponerlos.

Claramente, el proceso de clase no es una creación “*made in Argentina*”. El proceso de clase tiene su origen entre los siglos XVI y XVII(102) y es un instituto procesal típico del derecho estadounidense, que ha tenido una fuerte consolidación en dicho derecho en la segunda parte del siglo XX(103). Se trata de un procedimiento en el que la legitimación es otorgada a una clase o grupo que ve común y homogéneamente afectados los derechos individuales y/o plurales de toda la clase en cuestión.

Fueron las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos las que consolidaron las denominadas *class actions*. El texto vigente de la Regla 23 de dicho procedimiento, establece como requisitos para iniciar una *class action* a los siguientes: “Uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos, si: (i) la clase es tan numerosa que la actuación de todos no es posible; (ii) existen cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase; (iii) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase; y (iv) las partes representantes protegerán los intereses de la clase de modo justo y adecuado.” La misma Regla 23 dispone los lineamientos generales y procesales sobre admisibilidad, efectos, adhesión y notificación, entre otras.

En Europa han intentado introducir un régimen de acciones colectivas a nivel continental; sin embargo, a la fecha no existe pleno consenso sobre este tema y, por el contrario, se percibe un rechazo a integrar los procesos de clase al régimen continental sin previa adaptación del mismo a la cultura y criterios legales del Viejo Continente.

La Comisión Europea consideró que por razones prácticas es muy improbable, sino imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia.

(102) CUETO RÚA, Julio, “La acción por clase de personas (*class actions*)”, LL 1988-C-952.

(103) WALLER, Spencer - POPAL, Olivia, “The Fall and Rise of the Antitrust Class Action”, 2016, 39 World Competition, Issue 1, ps. 29-55.

Es por ello que sugirió que deberían buscarse las maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas, ahorrando así tiempo y dinero. Sin embargo, luego de realizadas las consultas públicas, tanto del mencionado Libro Verde como de su posterior Libro Blanco de 2010, la Directiva de Daños Antitrust optó por no disponer nada sobre procesos de clase de aplicación específica a la política de competencia y, en cambio, la Comisión Europea adoptó una recomendación en la materia, con un planteamiento horizontal que contempla normas comunes en materia de recursos colectivos para todos los ámbitos políticos, entre ellos el de defensa de la competencia, en los que a menudo se producen daños y perjuicios en los que es difícil para los consumidores y empresas medianas o pequeñas obtener un resarcimiento (104).

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para demandar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Luego el Máximo Tribunal, al pronunciar el fallo de autos “Halabi” (105) intentó clarificar el alcance y aplicación de ciertas normas constitucionales, convocando al Poder Legislativo para que este legisle adecuadamente sobre la materia, en el marco de las pautas establecidas en “Halabi”. De esta forma, la Corte clarificó el alcance del art. 43 de la Constitución Nacional, más precisamente el segundo párrafo del mismo, incorporando pretorianamente los procesos de clase en el ordenamiento legal argentino. Se convierte así “Halabi” en un claro punto de inflexión en lo que se refiere a sistemas procesales de protección de derechos de incidencia colectiva, habiéndose ratificado sucesivamente su criterio en sus fallos más recientes (106).

(104) Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un nuevo marco horizontal europeo de recurso colectivo*, COM(2013), 401 final.

(105) CS, Fallos 332:111.

(106) CS, 26/6/2012, “Cavaliere, Jorge y otro c. Swiss Medical SA s/amparo”, Fallos 335:1080; CS, 21/8/2013, “PADEC c. Swiss Medical SA s/nulidad de cláusulas contractuales”, expte. Letra P, Nro.: 361. Tomo: XLIII.

El pronunciamiento del caso “Halabi” reviste particular trascendencia para dirimir la cuestión referida a la legitimación procesal cuando se demanda en defensa de derechos incidencia colectiva. En este caso, la Corte entendió que era necesario determinar: (i) en primer lugar, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura mediante la acción deducida, (ii) en segundo término, establecer quiénes son los sujetos habilitados para articularla y bajo qué condiciones puede resultar admisible y (iii) finalmente, cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

En cuanto al primer punto, es decir la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura, la Corte distinguió tres categorías: (1) individuales, (2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (3) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Respecto de los derechos enunciados en la tercera categoría —que son los que aquí interesan— la Corte expresó que los mismos derivan del segundo párrafo del art. 43 de la CN, tales como “los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de sujetos discriminados”.

El Dictamen de la Procuración General de la Nación del reciente fallo “PADEC”, al referirse al antecedente “Halabi” sostuvo que “en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo también se dijo que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”.

El tercer elemento, es decir los efectos de la resolución que se dicte, está dado por la cons-

tatación de una clara afectación del acceso a la justicia. Ello se debe a una homogeneidad fáctica y normativa que deviene en razonable considerar la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (107).

A todo ello se agrega que debe tratarse de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo.

En cuanto al sujeto legitimado para demandar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte afirmó que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones, deduzcan, en los términos del citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (108).

La sentencia de “PADEC” se dio en un momento en el que prácticamente la totalidad de los juzgados de primera instancia de la Capital Federal han aceptado la legitimación activa de asociaciones de consumidores para iniciar acciones colectivas. Si bien su tramitación tiene fundamento principal en el art. 54 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, consideramos que aquellas asociaciones que tengan como objeto, por ejemplo, la protección de los consumidores contra los daños producidos a estos como consecuencia de infracciones cometidas contra la normativa de derecho de la competencia, tendrán legitimación colectiva para demandar en representación de los derechos individuales, patrimoniales y divisibles de los consumidores.

Al igual que el objeto del presente trabajo, todavía queda mucho por hacer en materia de procesos de clase. Sin embargo, en el estado actual del desarrollo de estos procesos, consideramos que los mismos pueden constituir una

herramienta importante a los fines de permitir el desarrollo sostenido y real de las acciones de daños causadas por ilícitos anticompetitivos. En especial, consideramos que los procesos de clase podrían tener un rol muy importante en esta cuestión, cuando se trate de acciones de daños cuya cuantía individual fuere irrisoria (ej. daños por sobrepuestos de productos que se encuentren muy atomizados en la sociedad), no justificándose el inicio de acciones legales individuales, como es el caso de muchos damnificados por conductas anticompetitivas, sea por acuerdos restrictivos o por abusos de posición dominante.

IV.3.3. Legitimación pasiva

Las acciones de responsabilidad de daños en materia antitrust generalmente se dirigen contra empresas, sin perjuicio de la forma jurídica que las mismas hubieren adoptado.

Asimismo, los administradores de las empresas que hubieren infringido la LDC pueden ser sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad civil. Los administradores y representantes de las sociedades tienen el deber de obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios (109). El incumplimiento de esta obligación implica la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de la acción u omisión de quien fuere el autor de la falta.

IV.3.3.1. Interacción de la reparación de daños y el nuevo Programa de Clemencia de la LDC

El Capítulo VIII de la nueva LDC incorpora un moderno programa de clemencia, siendo una de las principales innovaciones de dicha ley.

El programa de clemencia dispuesto por la LDC, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que se cumplen con los requisitos del programa, establece para quienes se acojan y resulten beneficiarios del mismo: (i) la exención o reducción, según corresponda, de las multas del inc. b) del art. 55 de la LDC (cfr. primer párrafo del art. 60 de la LDC); (ii) la exención de las sanciones pre-

(107) Cfr. consid. 12, fallo “Halabi”, Fallos 332:111.

(108) Cfr. consid. 19, fallo “Halabi”, Fallos 332:111.

(109) Cfr. Ley General de Sociedades Comerciales 19.550, t.o. 1984, art. 59.

vistas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas (cfr. segundo párrafo del art. 61 de la LDC); y (iii) eximición o reducción, según corresponda, de su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios (cfr. primer párrafo del art. 65 de la LDC).

En materia de reparación de daños, la LDC dispone que cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. Como anticipáramos, aquellas personas humanas o jurídicas que se acojan al programa de clemencia dispuesto por la LDC podrán eximir o reducir su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento.

Como única excepción a esta regla, la LDC establece que el beneficiario del programa de clemencia podrá ser responsable solidariamente ante sus compradores o proveedores directos e indirectos y/o ante otras partes perjudicadas, cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma infracción a las normas de la LDC.

Consideramos que de esta forma la LDC ha regulado la materia de modo óptimo (110), ya que (i) por un lado, mantiene los incentivos para que infractores se acojan al programa de clemencia y (ii) por otro lado, resguarda los derechos de reparación de daños de los damnificados por conductas anticompetitivas, aun en el —extraño— caso que las demás personas involucradas en la conducta colusiva eventualmente no pudieren reparar plenamente el daño, en cuyo caso, el beneficiario del programa de clemencia deberá reparar el daño, según corresponda.

IV.4. El plazo de prescripción aplicable a las acciones de daños producidos por ilícitos contra la libre competencia

Si bien la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos es en nuestra opinión de carác-

(110) TREVISÁN, Pablo, “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina, LL del 27/2/2015, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 1-5.

ter principalmente extracontractual, previo a la sanción de la nueva LDC debía tenerse en cuenta que el plazo de prescripción de la acción aplicable no era el bianual dispuesto por el art. 4037 del Cód. Civil (ni eventualmente tampoco el del art. 847 del Cód. Com.), sino el plazo de cinco años establecido en el art. 54 de la ley 25.156 que regía para todas las acciones que nacían de dicha ley, entre las que se encontraban las acciones civiles de daños y perjuicios por ilícitos antitrust. Se trataba, entonces, de que la norma especial (i.e., ley 25.156, art. 54) que predominaba sobre la norma civil general en la materia (i.e., Cód. Civil, art. 4037).

Asimismo, mencionábamos(111) que en ciertos antecedentes jurisprudenciales se había aplicado la prescripción decenal cuando la víctima del daño producido como consecuencia del ilícito concurrencial había podido acreditar que existió una relación contractual con el infractor(112).

Esta cuestión ha sido claramente zanjada bajo la nueva LDC, que en su art. 72, dispone lo siguiente: “Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años desde que se cometió la infracción. En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis. *Para el caso de resarcimiento de daños y perjuicios contemplada en el art. 62 de la presente ley, el plazo de prescripción, según corresponda, será de: (a) tres (3) años a contarse desde que (i) se cometió o cesó la infracción o (ii) el damnificado tome conocimiento o pudiere ser razonable que tenga conocimiento*

(111) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(112) Cfr. Juzg. Nac. Primera Instancia en lo Comercial nro. 14, Secretaría nro. 27, 16/9/2009, “Auto Gas SA c. YPF SA y otro s/ordinario”, donde la Juez resuelve: “Al respecto, tratándose de una acción en la que se persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del acuerdo que unió a las partes, resulta inaplicable el plazo de prescripción previsto por el Cód. Civil: 4037 por no tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual. Ya que la descripta hipótesis en que se sustenta la demanda, cae en la órbita de la prescripción decenal común establecido por el art. 4023 Cód. Civil, por tratarse entonces de un contrato atípico, carente de plazo prescriptivo específico”.

del acto o conducta que constituya una infracción a la presente ley, que le hubiere ocasionado un daño; o (b) dos (2) años desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad Nacional de la Competencia” (el destacado nos pertenece).

Es decir, se mantiene el plazo general de cinco años, pero, en concordancia con la unificación en materia de prescripción de la acción de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, dispuesta por el Cód. Civ. y Com., la nueva LDC unifica en tres años el plazo de prescripción de la acción de resarcimiento o reparación de daños, con la única excepción de que, de haber resolución sancionatoria firme de la ANC, se aplicará el plazo de dos años desde la fecha en que hubiere quedado firme dicha resolución.

Lo dispuesto en el mencionado art. 72 de la LDC, recepta lo que manifestáramos en anteriores trabajos (113), respecto a la fecha que debe tomarse a los efectos del inicio del cómputo de la prescripción, conforme dos escenarios, según hubiere habido o no resolución administrativa previa: (i) *Si no hubiere resolución firme de la autoridad*: Consideramos que, si bien es principio aceptado que el cómputo de las prescripciones en materia extracontractual tienen inicio el día en que ocurrió el hecho ilícito, porque es lo ordinario que el perjuicio sea consecuencia inmediata del hecho, sin embargo —y conforme lo ha precisado la jurisprudencia (114)— cuando el damnificado ignora la existencia del daño, la prescripción ha de computarse desde que tal extremo llega a conocimiento del damnificado; (ii) *Si hubiere resolución firme de la autoridad*: Consideramos que en este caso, el cómputo del plazo comenzará a correr desde que quede firme y ejecutoriada (a) la resolución administrativa de la Autoridad de Competencia que resuelve la sanción o (b)

si correspondiere, la sentencia judicial que confirme dicha sanción.

V. Conclusión

Si bien, la reparación de daños por ilícitos contra la libre competencia se encuentra en un estado de génesis muy preliminar, a partir de la sanción de la nueva LDC están dadas las principales bases fácticas y jurídicas para que el tema despegue finalmente en nuestro país.

La realidad del funcionamiento de la economía argentina presenta un terreno muy fértil de oportunidades para la consolidación de los derechos de restitución civil contra infracciones contra la libre competencia. Sin embargo, y paralelamente, la realidad política y social de nuestro país refleja una grave carencia de institucionalidad en materia de defensa de la competencia, al tiempo que se percibe un importante grado de desinformación general y desconocimiento en la materia, tanto entre consumidores como entre empresarios y funcionarios públicos. Los esfuerzos realizados en los últimos años por parte de la Autoridad de Aplicación y la reciente sanción de la nueva LDC, permiten ser muy optimistas sobre el futuro del *enforcement antitrust* en nuestro país y, en particular, sobre el desarrollo de las acciones privadas de daños antitrust.

Como hemos analizado, el sistema de ejecución privada de las normas de defensa de la competencia provisto bajo la LDC, a través de las normas generales de responsabilidad civil, complementa y refuerza la ejecución pública que el Estado debe realizar a través de sus órganos administrativos. Esta suerte de sistema mixto brinda una mayor protección a los intereses públicos y privados, pudiendo constituirse en una vía clara para mayor protección de los derechos de personas físicas y jurídicas que pudieren ser víctimas de este tipo de infracciones.

Uno de los pilares esenciales y condición previa necesaria para la consolidación del sistema que permita la plena reparación de daños, será la constitución y puesta en funcionamiento de la ANC. Asimismo, entendemos que la posibilidad de reclamar daños punitivos como accesorios a la sanción principal, como así también

(113) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit.

(114) Cfr. CNCiv., sala E, 25/10/1994, *in re*, “Lovera Maruto c. Fernández Alejandro”; ídem CNCom., sala C, 5/9/2006, *in re*, “Chemlik Martinec Andrés c. Firestone de Argentina”; sala D, 8/8/2007, *in re*, “Mattei Ana María c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”; CNCiv., sala E, 15/12/2010, *in re*, “Benítez Elena Claudia c. Interacción ART SA s/ordinario”.

la alternativa de reclamar colectivamente por la vía de los procesos de clase, constituyen incentivos importantes para promover este tipo de reclamos que, en esta línea, conforman un elemento disuasivo importante para la eventual repetición de futuros abusos e ilícitos anticompetitivos. Será importante seguir de cerca la evolución de ambos institutos, a los fines de evitar abusos en el uso de los mismos.

En el presente trabajo hemos intentado hacer una aproximación al tema, con el ánimo de realizar una pequeña contribución al mejor entendimiento de esta cuestión y sus posibles

alcances luego de las reformas introducidas en la materia por la nueva LDC.

Consideramos que, de consolidarse las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, estaremos a las puertas de una nueva dimensión del derecho de defensa de la competencia en nuestro país, que redundará indudablemente en nuevos horizontes beneficiosos, tanto para consumidores como para empresas por igual, otorgará mayor institucionalidad a la materia y, más importante, contribuirá a profundizar así la protección del interés económico general, fin último de la LDC.

Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo

DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS (*)

I. Advertencia inicial

Una de las mayores “excentricidades” (e incluso “deudas pendientes”) que evidencia la ciencia jurídica argentina es no haber trabajado lo suficiente hasta el momento los variados e intensos vasos comunicantes existentes entre el derecho de la competencia y el derecho del consumidor. Es cierto que esta tendencia se re-

pite en algunos otros países latinoamericanos, pero también es verdad que va a contramano de lo que sucede en el mundo anglosajón y en el europeo de base continental.

Bien hace Aída Kemelmajer de Carlucci (1) en sostener que existe incluso hasta cierto perjuicio en el sentido de encasillar al derecho de la competencia como una “materia de derecha” frente al derecho del consumidor como una de “izquierda”, lo cual es equivocado e incluso contrario a la Constitución Nacional que “reconoce sin tapujos la recíproca y necesaria relación” entre ambas materias no solo en su art. 42 (2)

(*) Doctorando en Derecho (UBA) —culminado, con tesis actualmente en elaboración—. Magister en Derecho del *Trabajo* y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF) — tesis aprobada con recomendación de publicación—. Magíster en Derecho Empresario (ESEADE) —tesis calificada como sobresaliente *cum laude* con recomendación de publicación—. Profesor Titular de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (Univ. Austral). Profesor Adjunto a Cargo de Derecho Empresario (Facultad de Ciencias Empresariales, Univ. Austral). Profesor Adjunto de Derecho de las Obligaciones (Univ. Austral). Profesor Adjunto de Derecho de Daños (Univ. Austral). Profesor de posgrado en distintas universidades argentinas y del exterior. Subdirector de la Maestría en Derecho Empresario (ESEADE). Director de la Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia de (ESEADE). Director del Programa de Posgrado “Derecho del Consumidor y Empresa” (Univ. Austral). Director del “Observatorio Jurisprudencial del Código Civil y Comercial” (Colegio de Abogados de San Isidro). Autor de varios libros y de más de 50 artículos de doctrina publicados en distintas revistas especializadas argentinas y en el exterior. disertante en congresos, jornadas y eventos académicos nacionales e internacionales en más de 190 ocasiones. Gerente de Contenidos de Thomson Reuters - La Ley. Abogado en ejercicio de la profesión.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia*, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2000, p. 261.

(2) Art. 42, CN: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

sino también en el segundo párrafo del art. 43(3) (complementándose con diversas normas como, verbigracia, el segundo párrafo del art. 3º(4) o el art. 37 *in fine*(5) de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor, publicada en el Boletín Oficial —BO— del 15/10/1993 y reformada en numerosas oportunidades posteriores).

En línea con lo señalado por la profesora mendocina es usual observar que muchos especialistas de derecho de la competencia no se interesan prácticamente por el derecho del consumidor y viceversa, siendo muy pocos aquellos que se sienten igual de atraídos por ambas materias que lucen tan estrechamente complementarias.

(3) El art. 43 de la CN expresa (en su segundo párrafo) respecto a la acción de amparo que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

(4) Art. 3º, ley 24.240: “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

(Artículo sustituido por art. 3º de la ley 26.361, BO del 7/4/2008).

(5) Art. 37 *in fine*, ley 24.240: “...En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

Y, justamente, para hacer frente a ese reclamo de mayor relación o complementariedad entre estos “dos mundos” aparece una de las grandes novedades que trajo la ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia —LDC—, publicada en el BO del 15/5/2018). Me refiero a la incorporación legal de lo que su texto denominó “multa civil” o de lo que más usualmente se conoce como “daños punitivos”.

El precepto que regula la figura es su art. 64, que dispone lo siguiente:

“Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Si bien es el único artículo referido directamente a la figura, se verá en las páginas venideras que su análisis requiere tener presente la Constitución Nacional, otras disposiciones de la propia LDC, la normativa de defensa del consumidor, y, también, ciertas reglas y principios diseminados a lo largo del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.). Todo este “complemento normativo” matizará, precisará o integrará el alcance de estos daños punitivos que consagra la regulación antitrust argentina.

Hasta el momento Argentina solo tenía autorizada la aplicación de los daños punitivos para violaciones a las normas de tutela de los consumidores y usuarios. Concretamente, el art. 52 bis de Ley de Defensa del Consumidor incorporó la figura en el año 2008, mediante la reforma efectuada por la ley 26.361 (publicada en el BO del 7/4/2008). El texto que la regula, a pesar de distintas y variadas críticas que ha recibido y que se verán en este trabajo, se ha mantenido inalterable habiéndose cumplido en abril de 2018 diez años de su vigencia. Dicha disposición expresa:

“Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instan-

cia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley”.

En una rápida mirada se observan grandes similitudes entre ambos textos. No obstante, hay diferencias que merecen ser resaltadas.

Todo ello intentará ser explicado a partir del apartado siguiente, para lo cual, metodológicamente, se utilizará gran parte de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales desarrollados en torno al art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, dado su carácter de precepto pionero de la figura en Argentina.

Lógicamente en cada caso se irán marcando determinadas particularidades que evidencian los daños punitivos consagrados por la ley 27.442 a los cuales les doy la bienvenida (6) pues considero que constituyen un hito para nuestra regulación de tutela de la competencia como lo fue en su momento, por ejemplo, la ya centenaria *Clayton Antitrust Act* (de 1914) para EE.UU. que mediante la instauración de los *treble damages* permiten que quien vulneró las normas de competencia y causó perjuicios esté obligado a pagar el triple de los daños efectivamente sufridos, transformando esta norma en una poderosa herramienta a disposición del mundo privado para colaborar con el Estado en el objetivo de lograr un funcionamiento de mercado lo más transparente y sano posible.

(6) En la doctrina argentina sobre derecho de la competencia muchos reclamaban también la incorporación de figuras de estas características antes de la sanción de la ley 27.442. Ver, p. ej.: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 3ª ed., Heliasta, Buenos Aires, t. II, p. 382.

II. Aspectos salientes de la regulación normativa (7)

II.1. Generalidades

Si bien quien puso doctrinariamente sobre el tapete el tema de los daños punitivos en nuestro país fue Alfredo Kraut (8) en una publicación que data del ya lejano año 1989, cabe reconocer que el primer trabajo doctrinario local que se ocupó *in extenso* de la temática fue el de Daniel Pizarro (9). Aunque se trató de unas pocas páginas dentro de una obra homenaje a Félix Trigo Represas, tuvo la entidad necesaria como para provocar un gran revuelo en el mundo académico, generando distintas opiniones que incluso se plasmaron en varias publicaciones en diversos medios jurídicos (10).

(7) Me ocupé de los denominados daños punitivos en un libro específico sobre el tema a cuya lectura se remite a aquel lector que busque interiorizarse sobre la figura. Ver al respecto: CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009. También se puede recomendar la lectura de LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

(8) Este autor resaltó la conveniencia de fijar en ciertos casos un “plus sancionatorio” además de la reparación integral, siguiendo el modelo de los daños punitivos en los Estados Unidos. KRAUT, Alfredo J., “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, JA 1989-III-909.

(9) PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PARELLADA, Carlos (coord.), *Derecho de daños*, Segunda Parte (homenaje a Félix Trigo Represas), La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 287 a 337.

También se destacaron en esa primera etapa otros aportes autorales. Ver, entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en *Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, Año XXXVIII, nro. 31, 1993, p. 71, y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LL 1994-B-860.

(10) En mi obra recién mencionada enumeré y rebatí en su momento cada una de las críticas que ha recibido la figura de los daños punitivos en nuestro país. Ellas son básicamente las siguientes:

1. La incompatibilidad de las multas civiles con nuestro sistema de responsabilidad.
2. La no existencia de penas privadas dentro del ordenamiento civil.

Pizarro definió a los daños punitivos, de manera general, como aquellas “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (11).

Por mi parte, he intentado en conceptualizar genéricamente la sanción en cuestión, buscando encontrar una definición doctrinaria amplia del instituto que pueda abarcar (en acto y en potencia) las distintas situaciones jurídicas en las que se podría petitionar su aplicación tanto en el marco de las normas que hoy lo permiten (Leyes de Defensa del Consumidor y de la Competencia), como fuera de ellas en ampliaciones temáticas o por materia futuras (aunque en dicho caso debería crearse legislativamente la figura para aquellos procesos que no se refieran a relaciones de consumo o a situaciones alcanzadas por las previsiones de la ley 27.442).

Dicha definición era la siguiente: “Los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden im-

3. La violación de garantías constitucionales que implica la admisión de la figura.

4. La grave afectación de la economía de una comunidad que la aplicación de estas penas puede producir.

5. La inutilidad de los daños punitivos para cumplir con la finalidad preventiva del actual derecho de daños.

6. Las grandes dificultades prácticas que conlleva la aplicación de estas multas en la realidad.

Entre esos trabajos críticos se destacan los siguientes: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’...”, cit. y “Algo más sobre los llamados ‘daños punitivos’”, LL 1994-D-863; CAMPS, Carlos E., “De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental”, JA 2001-I-1105; MARTINOTTI, Diego F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LL 2001-F-1317; MAYO, Jorge, “La inconsistencia de los daños punitivos”, LL 2009-B-1269; PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados daños punitivos”, LL 2007-F-1154, y “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, *Supl. Especial. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 2008 (abril), p. 123, y ROVIRA, Alfredo L., “El proyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor: un obstáculo al desarrollo económico”, JA 2007-I-1172.

(11) PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PARELLADA, Carlos (coord.), *Derecho de daños*, cit., p. 291.

plicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad” (12).

Se ha visto ya que este instituto, proveniente del mundo anglosajón (13), está vigente en Argentina desde hace ya diez años, ampliando su campo de aplicación mediante la sanción de la ley 27.442.

Con anterioridad a esto ya se había intentado introducir (sin éxito) la figura en el ordenamiento legal. En tal sentido se puede citar el art. 1587 (14) del Proyecto de Cód. Civil de 1998 (15) el cual tuvo también una versión *aggiornada* producto de modificaciones derivadas de su

(12) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños...*, cit., p. 21.

(13) En la búsqueda de alguna definición testigo del derecho anglosajón, se podría transcribir lo que ha establecido al respecto la Corte Suprema norteamericana en el caso “Gertz”, resuelto en el año 1974: “Los daños punitivos son multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que se reiteren en el futuro”. Caso “Gertz c. Robert Welch, Inc.”, 418 US, 323, 350 (1974).

(14) El art. 1587 del Proyecto de Cód. Civil de 1998 (versión original) expresaba lo siguiente: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

(15) El Proyecto fue redactado por una Comisión Honoraria que se creó por medio del dec. 685/1995 (publicado en el BO del 17/5/1995). Sus integrantes fueron Atilio Alterini, Jorge Alterini, Horacio Roitman, María Josefa Méndez Costa, Héctor Alegria y Julio César Rivera.

análisis en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación (16).

Además, cabe señalar que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, originalmente fue objeto de propuesta de reforma por el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012 (17) (bajo el nombre de “*sanción pecuniaria disuasiva*”) aunque la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación propuso mantener la redacción actual de dicho precepto, sin efectuarle modificaciones al texto del art. 52 bis referido. Esto último fue lo que se terminó imponiendo como solución legal en el Cód. Civ. y Com.

(16) El art. 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998 (versión modificada en la Cámara de Diputados) preveía lo que se transcribe a continuación: “El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.

“La multa se destinará al ‘Fondo de garantía para víctimas’ con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento.

“La multa solo podrá imponerse una vez por los mismos hechos. A tal fin, el Ministerio de Justicia centralizará en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos tribunales del país, informe que deberán pedir los tribunales antes de resolver sobre su imposición”.

(17) Propuesta de sustitución del art. 52 bis contenida en el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012 (versión original): “Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

En el derecho comparado, se trata de una herramienta con mayor penetración en EE.UU. (18) que en Europa. En el Viejo Continente se ha dicho que la temática de los daños punitivos experimenta vaivenes estando a veces fuera de las inquietudes de los juristas para luego volver al centro de la escena. En tal sentido, últimamente ha sido foco de atención (19).

En Latinoamérica, Argentina ha sido pionera, sin perjuicio de la existencia de figuras que pueden estar emparentadas con ellos en la legislación de nuestro continente.

Tomando conciencia de lo desconocido que es todavía el instituto en nuestro país (no obstante estar regulado hace ya un buen número de años) y la importancia de su aparición en un nuevo esquema normativo como lo es la ley 27.442 se tratará con algún grado de detalle la figura en cuestión.

II.2. La denominación de la figura

Cabe formular unas pequeñas aclaraciones con respecto a la denominación “daños punitivos”, la cual se ha impuesto ya en el mundo de habla hispana, como una traducción de la expresión anglosajona *punitive damages*. Otro tanto se hará con la expresión “multa civil” elegida por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y ahora también por el art. 64 LDC.

Como lo recuerda Kemelmajer de Carlucci (20), para referirse a los daños punitivos también se han utilizado otros términos como: *exemplary damages*, *vindictive damages*, *non*

(18) En los EE.UU., si bien cada Estado puede regular los daños punitivos de manera distinta, lo cierto es que en los últimos años la Suprema Corte de ese país ha intentado establecer algunas reglas básicas para uniformar determinadas cuestiones como ser, por ejemplo, la procedencia y la cuantía de la multa. En similar sentido: KELLY, Julio, “Los daños punitivos en el derecho de los Estados Unidos de América”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011, nro. 2 (Daño punitivo), p. 261.

(19) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Los daños punitivos en el derecho continental europeo”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011, nro. 2 (Daño punitivo), p. 161.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, *Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, año XXXVIII, nro. 31, 1993, p. 71.

compensatory damages, penal damages, aggravated damages, additional damages, smart money, entre otras.

La expresión “daños punitivos” no es feliz pues, ha señalado Pizarro (21), lo que se busca castigar, en realidad, son “ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo”.

Si bien lo que se expresa es correcto, la verdadera causa de la aparente desinteligencia es haber usado la palabra “daño” como equivalente a *damages*. La traducción hubiese sido correcta si es que este último término estaría planteado en singular. Sin embargo, al expresarlo en plural, su sentido cambia, no haciendo ya referencia a la palabra “daño”. Decía Jorge Bustamante Alsina (22) al respecto, y siguiendo al *Black’s Law Dictionary*, que la palabra *damages* hace referencia, en realidad, a “una compensación pecuniaria o indemnización que le permita obtener en justicia una reparación a toda persona que hubiese sufrido lesión, detrimento o injuria sea en su persona, propiedad o derechos por un acto ilegal, omisión o negligencia de otro”. Es decir que *damage* (en singular) sería el daño que efectivamente sufre una persona como consecuencia de la acción de otra, mientras que *damages* (en plural) haría referencia a lo que se le debe pagar al damnificado a causa del daño que se le produjo.

Por lo dicho, debe expresarse que, si se hubiesen tenido en cuenta estas distinciones, no se tendría que hablar en los países de habla castellana de “daños punitivos”, pues, de lo contrario, se cae en el error observado por Pizarro. Sin embargo, y nobleza obliga, debe reconocerse también que cuesta muchísimo encontrarle una traducción fiel a la expresión, pues, al no tratarse de una indemnización sino más bien de una sanción (como se verá más adelante), no podría hablarse de “indemnización punitiva” (este es el título de un trabajo de Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala (23)),

(21) PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PARELLADA, Carlos (coord.), *Derecho de daños*, cit., p. 292.

(22) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’...”, cit.

(23) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en

pero simultáneamente, tampoco podría usarse la expresión “sanción punitiva” porque se incurriría en un sinsentido, ya que ambas palabras harían referencia a lo mismo. Se concluye entonces que el término *punitive damages* no tiene un equivalente estricto en nuestro idioma, por lo menos a primera vista, aunque una opción posible sería la expresión “condenaciones punitivas”; según opinaba Atilio Alterini (24). Otra alternativa sería la denominación “sanción pecuniaria disuasiva” propuesta en el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012.

Más allá de esto, lo cierto es que el art. 64 LDC ha escogido llamar “multa civil” nuevamente a lo que se conoce usualmente como daño punitivo, siguiendo la misma alternativa elegida en su momento por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. La única diferencia al respecto es que el art. 52 bis tiene una denominación del precepto que utiliza la voz “daño punitivo” para luego hablar de multa civil, mientras que el art. 64 LDC no tiene un título a continuación del número de artículo (25).

En Argentina, se ha utilizado el nombre de “multa civil”, primero en el art. 1587 del Proyecto de Cód. Civil de 1998 (26), posteriormente, en distintos encuentros nacionales de índole académico (27), en 2008 en la Ley de Defensa del Consumidor, y ahora en la LDC, lo cual es altamente elogiado, pues se trata de un esfuerzo intelectual, que más allá de sus virtudes y deficiencias, permite una comprensión más adecuada del instituto en estas tierras. Esta terminología incluso se halla íntimamente

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, AP 1010/002933.

(24) ALTERINI, Atilio A., “Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil de 1998”, LL 1999-C-860.

(25) En sentido concordante: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia”, RCyS 2018-VII-41.

(26) El art. 1587 de este Proyecto previó expresamente las llamadas multas civiles, constituyendo el primer intento importante de incluir el instituto de origen anglosajón en nuestras tierras.

(27) P. ej., las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1999 y la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy, año 2000).

emparentada con la utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que, en la definición transcrita en páginas anteriores, habla de “multas privadas” (*private fines*), guardando, así, un sentido muy similar con la expresión “multa civil” empleada por la Ley de Defensa del Consumidor y ahora por la LDC.

Carlos Molina Sandoval (28) apoya el uso de esta terminología a la cual elogia considerándola más adecuada a nuestro sistema jurídico. Además, dicho nombre, según este autor, se corresponde con la naturaleza jurídica del instituto (que no es otra cosa que una sanción). Por último, opina que el haber utilizado el adjetivo “civil” a la pena o multa en cuestión permite mantener el contacto entre el instituto y la rama del derecho en la cual se va aplicar: el derecho de daños.

No obstante, es necesario decir que la utilización de la denominación “multa civil” es incorrecta para no pocos autores. Diego Martinotti (29), en un ya antiguo trabajo la objetaba, pues consideraba que se trataba de una sanción penal, no modificándose esta característica por el hecho de que sea incluida dentro de un cuerpo normativo de índole civil. En sentido similar, se ha pronunciado Alfredo Rovira (30), expresando que se ha intentado “disfrazar” a los daños punitivos denominándoselos “multa civil”.

Por mi parte, utilizaré con frecuencia en este trabajo la expresión “daños punitivos”, porque, más allá de su carácter incorrecto que ya se ha dejado claramente evidenciado, está profundamente arraigada en el léxico jurídico del país. Modificar esta originaria (y errónea) traducción traería más confusión que soluciones en sí, tratándose en realidad, de una discusión que solo puede tener alguna importancia de índole académica, mas no demasiada en la práctica.

Todo lo dicho no representará absolutamente ningún tipo de obstáculo en el caso de que, con

el correr de los años, la expresión “multa civil” (a la cual se le reconoce una mayor familiaridad con nuestro sistema de derecho) se termine imponiendo en nuestro ámbito en desmedro de los términos “daños punitivos”. Es que, en este tipo de cuestiones, debe primar una visión pragmática que evite posibles confusiones innecesarias. En tal sentido, la elección de la denominación “multa civil” por parte del art. 64 LDC prefiriéndosela por sobre “daño punitivo” es ya todo un síntoma al respecto.

La expresión multa civil dejaría de ser correcta en el caso de que se decida como condena la entrega de una cosa distinta del dinero o una obligación de hacer. Esto se debe a que la palabra multa hace una referencia indiscutible a lo pecuniario. Sin embargo, mientras las normas legales vigentes prevean solo el pago de sumas monetarias la denominación será correcta.

II.3. La naturaleza sancionatoria de los daños punitivos

Se pasará ahora a desentrañar la naturaleza jurídica de un instituto tan controvertido como los daños punitivos. Antes hay que aclarar que la naturaleza de un instituto no es una discusión superflua o de gabinete, como puede sugerir cierta doctrina siguiendo el convencimiento al respecto que tenía Genaro Carrió (31). Todo lo contrario, la dilucidación de la cuestión está repleta de implicancias de profundo sentido práctico. Y el caso de las multas civiles es un típico ejemplo de ello, pues como se observará a continuación, no es lo mismo que se piense que los daños punitivos son sanciones a que exista convencimiento de que son indemnizaciones.

Así la caracterización del instituto como sanción produce, por ejemplo, que su cuantía no estará limitada por el daño causado, sino que incluso podrá superarlo, graduándose su monto con base en diversos parámetros como,

(28) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación”, MJ-DOC-2242-AR, 2/12/2008.

(29) MARTINOTTI, Diego F., “Los daños punitivos...”, cit.

(30) ROVIRA, Alfredo L., “El proyecto de reforma...”, cit.

(31) Expresaba Carrió que “no es útil hablar de la naturaleza jurídica de tal o cual institución porque ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización”. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 76.

verbigracia, la reprochabilidad de la conducta del infractor de la ley.

Resulta indudable asignar el carácter de sanción a los daños punitivos. Es que todo conduce a ello: se trata de atacar conductas especialmente reprochables (intervención de culpa grave o dolo directamente); mediante su imposición se busca castigar y disuadir; y evidencian un carácter “extra” a aquellos montos de dinero que tienden a compensar a la víctima.

Cabe recordar que la Corte norteamericana, en 1974, ha caracterizado a los daños punitivos como una sanción, más específicamente, como una multa privada (32).

Quizás en la Argentina cueste digerir la existencia de esta sanción dentro del derecho privado, ya que existe cierta tendencia a encajar las penas dentro del derecho penal. Que solo pertenezcan a ese mundo.

Contrariamente, puede ser que, como en el derecho de daños se habitúa solo a resarcir y nada más, a algunos les resulte dificultoso llamar al instituto “sanción”. Así, quizá como una cuestión enraizada en el inconsciente, muchos, tal vez con un fin simplista, se refieran a los daños punitivos como indemnizaciones. Sin embargo, ¿por qué no puede existir una sanción en normas civiles (o en la LDC)? El interrogante genera silencio. Puede ser que alguien intente construir algún argumento escudándose en la ya vieja idea de que la única finalidad del derecho de daños es indemnizar. Quizá la respuesta hubiera sido acertada muchas décadas atrás, pero no lo es ahora, pues se viven tiempos en donde el propósito de prevenir ya se encuentra instalado en el derecho privado. Y para prevenir, justamente, las sanciones son herramientas de inestimable valor.

Es indudable darle el nombre de sanción a los daños punitivos. El gran problema surge cuando uno empieza a poner la atención en las consecuencias prácticas que surgen de haber adoptado dicha posición.

Justamente, el uso del vocablo “sanción” habilita a que surjan voces que manifiesten que

(32) Caso “Gertz c. Robert Welch, Inc.”, 418 US, 323, 350 (1974).

las penas son la expresión del poder punitivo estatal y, por lo tanto, la aplicación de los daños punitivos debe respetar todas y cada una de las garantías del proceso penal y que se conocen de memoria (el debido proceso, el principio *non bis in idem*, la defensa en juicio, la presunción de inocencia, etc.). Al fin de cuentas, para muchos, el solo hecho de tratarse de una sanción y de aplicarla en un juicio civil, pone en jaque la propia constitucionalidad de la figura.

Así, Sebastián Picasso (33), uno de los opositores a los daños punitivos en nuestro país, sostiene que, como ellos no buscan resarcir un perjuicio causado sino provocar un mal al sujeto responsable con fines de castigo y prevención general, se está lisa y llanamente ante una pena. Sigue diciendo que se habla de “punir” y “prevenir” que son, precisamente, las dos finalidades que se le asignan corrientemente a la imposición de una sanción en el derecho penal, por lo que concluye que, para que procedan los daños punitivos, deben respetarse necesariamente las garantías constitucionales que rodean a los castigos penales.

Alguna duda podría generar el art. 79 de la LDC (34) en cuanto dispone la aplicación supletoria de la normativa penal para casos no previstos por la ley. Sin embargo, esto debe ser rechazado pues el caso de los daños punitivos, además de estar previsto legalmente, está incluido dentro de un capítulo autónomo de la ley 27.442 (el noveno, dedicado a la reparación de daños) que, siguiendo una correcta pauta hermenéutica, obliga a remitir a la normativa vigente en materia de derecho de daños, por lo que lo adecuado será acudir al Cód. Civ. y Com. y a la Ley de Defensa del Consumidor (cuando ella se superponga en su ámbito de aplicación con la LDC, lo cual es más frecuente de lo que se cree a primera vista). Amén de ello, el propio art. 79 de la LDC advierte sobre el sendero que debe guiar la integración normativa cuando

(33) PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados daños punitivos”, cit.

(34) Art. 79, ley 27.442: “Serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Cód. Penal de la Nación y el Cód. Proc. Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549”.

señala que la remisión a las leyes penales será procedente en aquellos aspectos que sean “compatibles” con la ley 27.442. Por último, la aclaración relativa a la expresa no aplicación de la ley 19.549 (Ley de Procedimiento Administrativo —publicada en el BO del 27/4/1972—) pareciera haber sido el objetivo principal de la inclusión del art. 79 de la LDC.

II.4. Origen legal necesario

Tratándose de una sanción, la figura requiere la existencia de una norma legal expresa que le sirva de sustento (como, p. ej., los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor o 64 de la LDC). Al respecto dice Jorge Mosset Iturraspe (35) que los daños punitivos tienen el gran inconveniente de no encajar como creación pretoriana, dado su carácter represivo no reparatorio (36).

Incluso en las XVII Jornadas Nacionales de derecho civil celebradas en la provincia de Santa Fe en 1999 (37), donde se trató específicamente el tema de las penas privadas advirtiéndose una postura claramente favorable a su acogimiento, se dejó asentado, por unanimidad, que “no estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del Cód. Civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales”.

La seguridad jurídica, aunque muchas veces es el argumento principal para defender lo indefendible, una “especie de comodín todo terreno” para intentar sostener las situaciones más injustas, es, bien entendida, un valor muy importante dentro del derecho. Lo que sucede es que el concepto se ha deformado tanto en los

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, LL 2000-B-1277.

(36) Esta idea no fue tenida en cuenta en un peculiar fallo en donde, ante un supuesto de daño ambiental, se aplicó analógicamente el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, castigándose la conducta de una empresa mediante una multa civil de cinco millones de pesos. CCiv. y Com. Junín, 19/11/2015, “Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/daños y perjuicios”, LL 2016-A-136.

(37) La Comisión 10 de dichas Jornadas se ocupó del tema “Penas Privadas”.

últimos tiempos, que hasta a veces da temor a los abogados invocarlo.

Es que se está ante un instituto que cambia radicalmente la estructura de un sistema legal en materia de daños. Tamaña modificación no podría tener lugar por medio de soluciones jurisprudenciales, por más ingeniosas que ellas sean.

Sin perjuicio de lo dicho, la falta de previsión legal de la multa civil que existió hasta la sanción de la ley 26.361 en materia de defensa del consumidor fue salvada en algunos juicios echando mano al daño moral, condenándose por este rubro al pago de sumas de dinero muy altas, operándose así una suerte de aplicación de “daños punitivos encubiertos”. En tal sentido, Zavala de González y González Zavala (38) expresaban que, en algunos casos “se ‘disfraza’ detrás de montos cuantiosos un exceso por punición, que no puede ser separado o demostrado porque el perjuicio espiritual no es mensurable ni traducible en dinero” (39).

Jurisprudencialmente, se ha dicho que no es posible imponer una multa civil por una conducta anterior a la vigencia de la ley que incorporó ese instituto a nuestro derecho (40).

(38) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad...*, cit., AP 1010/002933.

(39) Como afirma Ricardo Lorenzetti, los conceptos funcionan como depósitos que se van llenando de contenido hasta que llega un punto que se saturan y explotan, saltando a un nuevo estadio conceptual. Esto acontece según este autor con la idea de daño moral, que se ha ido llenando de contenidos, lo que hizo mutar su identidad inicial rompiendo la correspondencia entre significado y significante, para transformarse, finalmente, en una expresión poco apta para hacer referencia a todo lo que la doctrina y la jurisprudencia pretenden que represente. LORENZETTI, Ricardo, “El daño a la persona (solución de casos de colisión de derechos fundamentales)”, LL 1995-D-1012. Así, se puede decir que la falta de parámetros concretos para determinar la suma que se debe pagar en concepto de daño moral era una especie de “ventana” por medio de la cual se podían “colar” los daños punitivos, no obstante su falta de previsión normativa hasta la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.

(40) CNCiv., sala F, 18/11/2009, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, LL 2010-A-203.

Sin embargo, ello sí será posible cuando el accionar antijurídico del empresario tuvo su origen en fecha anterior, pero persistió cuando aquella ya se encontraba en vigor (41).

En materia antitrust, por ejemplo, esto último podría llegar a generar algunas aplicaciones de multas civiles a conductas anticompetitivas “de carácter continuado” que comenzaron antes de mayo de 2018 (mes en el que comenzó a regir el art. 64 LDC) pero que no se interrumpieron y se mantuvieron inalterables luego de esa fecha.

II.5. Finalidades: disuasión (principal) y castigo (accesoria)

Se suele decir que las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión (42).

La finalidad primordial es la segunda. La primera es solo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella.

Los daños punitivos, como sus objetivos claramente lo demuestran, se hallan en perfecta sintonía con lo que actualmente se predica del derecho de daños y con la función social que este último debe cumplir.

Tiene razón Lorenzetti (43) al señalar que el derecho privado no debe solo concentrarse en los intereses individuales de las personas, sino que también tiene que evitar perder de vista los de la comunidad. Se pregunta el autor citado: “¿Cuál es la función de la norma jurídica? ¿Puede conformarse el derecho con asumir un carácter meramente defensivo? ¿Debe resignar la pretensión de regular la *civitas*, a con-

siderar todos los intereses y no solamente los protectorios?”. A lo que se autocontesta que, frente a estos interrogantes, crecen las respuestas que buscan regular las condiciones para la cooperación, pasando a ostentar relevancia las interdependencias y la compatibilidad entre las decisiones colectivas y las individuales.

Sobre el punto téngase presente que el corazón de la ley 27.442 (como el de todo el derecho de la competencia) es proteger primordialmente los intereses colectivos de la ciudadanía o más concretamente “el interés económico general” (conf. art. 1º, párr. 1º, LDC).

Con las indemnizaciones clásicas, se intenta ubicar al damnificado en la situación anterior al hecho, mediante una “ficción jurídica”.

Se habla de ficción porque bien sabe uno que nunca se puede lograr totalmente ese pleno resarcimiento. Sin embargo, en muchas circunstancias es necesario expresarle al dañador, aun dentro del proceso civil, que está obligado “a algo más”, pues el acto que ha cometido es tan grave (desde el punto de vista subjetivo) que la sociedad no se conforma con que indemnice un caso individual y ya. Pues bien, ese “algo más” pueden ser los daños punitivos.

Kemelmajer de Carlucci (44) expresaba hace un tiempo que “el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acaranean algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”.

Queda claro que, si bien se castiga al ofensor, esto es solo una herramienta para que ese tipo de conducta no se repita más en el futuro (ni por parte de él ni de otros). Y es que el derecho de daños, ya en general, tiene como finalidad principal la prevención.

(41) CS Tucumán, sala Civil y Penal, 6/7/2012, “Sassi Colombres, Francisco Fernando c. Claro (AMX Argentina SA - ex CTI Móvil SA) s/sumarísimo”, LLNOA, 2012 (septiembre), p. 873.

(42) A rigor de verdad, aun sin que existan institutos como la multa civil, la finalidad disuasoria se encuentra siempre presente a poco que se tenga en cuenta que la posibilidad de que el sujeto dañador deba hacerse cargo de la indemnización de la víctima (reacción del ordenamiento legal ante el daño) tiene una clara finalidad preventiva y actúa como un elemento de impacto psicológico en aquel. Conf. DE CUPIS, Adriano, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 572.

(43) LORENZETTI, Ricardo, “El daño a la persona...”, cit.

(44) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Disertación sobre daños punitivos en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba”, citada por ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad...*, cit., AP 1010/002933.

Siguiendo lo que señalaba el español Luis Díez-Picazo (45), y llevando a cabo un verdadero “acto de fe” hacia el ordenamiento jurídico, nos “creemos la historia” de que, cuando se indemniza, se hace desaparecer el daño causado de la faz de la tierra. Esto no es más que una vana ilusión. Los bienes jurídicos que se destruyen no se reemplazan. Utilizando una didáctica metáfora del profesor ibérico es posible afirmar que “si esos bienes estuvieran asentados en la contabilidad nacional, habría que darlos de baja”.

También le da preeminencia a la finalidad disuasiva el Cód. Civil de Quebec (46) (Canadá) de 1994, en su art. 1621, estableciendo que, cuando se prevea a un caso la aplicación de daños punitivos, su monto no podrá exceder del valor necesario para asegurar su “función preventiva” (47). Dicha normativa deja también al descubierto que el castigo tiene como norte siempre la disuasión.

Quizá muchos puedan observar al castigo como finalidad principal porque es lo primero que salta a la vista. Al respecto, es indudable el efecto que causa una suma de varios ceros imputada a una empresa en concepto de daños punitivos.

Pero la mirada no debe detenerse en el caso particular. Hay que ir aún más allá y observar cómo, con una condena que podría parecer económicamente desmesurada, se intenta crear, en realidad, un “impacto psíquico” (en palabras de Trigo Represas (48)) en el dañador

(45) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 41 y 42.

(46) Si bien hablándose trata de un Estado canadiense, debe informarse al lector que las normas jurídicas que rigen allí pertenecen al sistema de derecho continental, pues el territorio es una antigua colonia francesa.

(47) Este precepto expresa: “Cuando la ley prevea la imposición de daños e intereses punitivos el monto no puede exceder en su valor lo suficiente para asegurar su función preventiva. Los daños punitivos se aprecian tomando en cuenta las circunstancias apropiadas, en particular la gravedad de la falta cometida por el deudor, su situación patrimonial, la dimensión de la reparación que debe afrontar ante el acreedor y, cuando tal sea el caso, total o parcialmente, asumido por un tercero”.

(48) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños punitivos”, en LÓPEZ CABANA, Roberto M. - ALTERINI, Atilio A. (dirs.),

y en el resto de los miembros de la comunidad, intentando que ese tipo de conductas dañosas no se repitan.

Es que como afirma Lorenzetti (49), la teoría de los daños punitivos “apunta básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara”. Agrega luego que resulta “más rentable permitir que el perjuicio se produzca en vez de prevenirlo”. Concluye diciendo que “el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir”.

Desde el Análisis Económico del Derecho se señala que los daños punitivos buscan incentivar a los agentes dañadores para que internalicen los costos externos (50).

Es atinente también agregar unas palabras expuestas por Florencia Nallar (51) con respecto a la finalidad disuasiva. Afirma esta autora que el milenar precepto de Ulpiano (“No dañar a otro”) no se puede limitar a los daños ya producidos, sino que exige también que se “evite” causar perjuicios a otro sujeto.

Aún más: ese clásico principio tiene como norte más la prevención que el castigo, pues, nótese bien, se habla de “no dañar” y no de “reparar cuando ya se ha dañado”.

No se puede cerrar la breve explicación referida a la finalidad disuasiva de la multa civil sin hacer referencia a una importante conclusión (originada en una ponencia de Matías Irigoyen Testa) emitida en el marco del debate llevado a cabo en la Comisión 5 titulada “Principio de prevención. Daños Punitivos” del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica a los Consumidores (en homenaje al Prof. Dr. Roberto M. López Cabana) (52), realizado en septiembre de 2010.

La responsabilidad (homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg), LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, AP 1009/002899.

(49) LORENZETTI, Ricardo, “El daño a la persona...”, cit.

(50) STORDEUR (h), Eduardo, *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 256.

(51) NALLAR, Florencia, “Prevención del daño: la ‘multa civil’ o ‘daños punitivos’ en el Proyecto de Código Civil de 1998”, ADLA 2007-E-5494.

(52) Este Congreso fue celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Allí se resolvió que, *de lege data*, “se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión”.

Reafirmando lo expresado, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012, versión original, hacía expresa mención a la finalidad disuasiva.

Fuera de lo dicho, la doctrina ha marcado otras finalidades como “eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa” (53), promover la firmeza y la probidad de las sentencias (54), mejorar las prácticas corporativas en materia de control de fraudes (55), restablecer el equilibrio emocional del damnificado (56), entre otros. Creo que todas ellas pueden ser reducidas a las dos finalidades ya analizadas en este punto: disuasión y castigo.

II.6. Requisitos de admisibilidad

De acuerdo con la estricta letra normativa del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, para la aplicación de la multa civil, se requiere simplemente un incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor de bienes o servicios, sin necesidad de indagar si ha actuado con un determinado ánimo subjetivo (dolo o culpa grave, v.gr.).

Es importante destacar que la norma menciona no solamente las obligaciones que surgen del contrato, sino también a aquellas que, aunque no incluidas expresamente al instrumentarse aquel (o estándolo pero de modo parcial o defectuoso), se hallan presentes por el carácter de orden público de dicha ley. Por ejemplo, la obligación de trato digno y equitativo prevista en el art. 8º bis de ella.

(53) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad...*, cit., AP 1010/002933.

(54) RACIMO, Fernando M., “Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América”, JA 2004-III-1031.

(55) RACIMO, Fernando M., “Panorama actual...”, cit.

(56) PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PARELLADA, Carlos (coord.), *Derecho de daños*, cit., p. 304.

Se trata de una única pauta que resulta bastante clara. Es más, “asusta la claridad”, pues permite imponer daños punitivos en todo tipo de casos en que el proveedor falte a sus obligaciones. No se fija ningún tipo de “filtro” al respecto.

Como se ve, el margen de apreciación que le queda al juez para evaluar si impone o no daños punitivos es quizás demasiado amplio. Es por ello que, cuando estaba recién sancionada, la norma decía que los magistrados jugarían un rol fundamental para ir definiendo el perfil de la nueva figura (57).

No obstante lo dicho, en la práctica, esta particular falta de exigencia de reproche subjetivo prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (que no se encuentra en la mayoría de los Estados en donde se han regulado los daños punitivos), no suele ser tomada en cuenta cuando se debe decidir la aplicación efectiva de la figura.

Jurisprudencialmente, se ha resuelto que el art. 52 bis, admite una postura restrictiva consistente en requerir un plus consistente en una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo, no pudiendo considerarse arbitrarias las sentencias que así lo exijan (58). En otros casos se ha exigido actitud groseramente negli-

(57) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños...*, cit., 262. Coinciden con nosotros HERNÁNDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011, nro. 2 (Daño punitivo), p. 361.

(58) TS Córdoba, 15/4/2014, “Teijeiro (o) Teijeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA s/ abreviado - otros - recurso de casación”, LL 2014-C-50. En primera instancia, invocando la existencia de culpa grave se impuso la condena por daños punitivos más alta del país en un caso individual: dos millones de pesos (JCiv. y Com. 5a Nominación Córdoba, 23/3/2011, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICyG”, LL Online, AR/JUR/12898/2011). Esa multa fue revocada en segunda instancia, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior como antes se vio (CCiv. y Com. 3a Córdoba, 17/4/2012, “Teijeiro [o] Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICyG”, LL 2012-C-66). Actualmente el caso está sometido a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

gente o indiferente (59), enriquecimiento indebido derivado de un ilícito (60), etcétera (61).

Sostener un criterio contrario y de apego literal al texto del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor resulta inconveniente, pues desnaturaliza los eventuales beneficios que trae aparejada la figura estudiada, haciéndola pasar como una parte ordinaria más dentro de una sentencia condenatoria, perdiendo de vista el norte a seguir y que no es otro que di-

(59) CCiv. y Com. Salta, sala I, 13/4/2011, "P., D. H. c. Telecom Personal SA", LL 2011-C-123.

(60) CS Tucumán, sala Civil y Penal, 6/12/2011, "Borquez, Juana Francisca c. Cía. de Teléfonos del Interior SA CTI Móvil s/daños y perjuicios", LL 2012-C-469.

(61) Hay quienes han sostenido que no se requiere un factor subjetivo de atribución. En dicho sentido: VERGARA, Leandro, "Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil: especial referencia al límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil para el año 2000", LL 1999-E-1135, y "La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina", *Revista de Derecho de Daños*, 2011, nro. 2 (Daño punitivo), p. 329; LOVECE, Graciela, "De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código", LL 2012-D-1187, y GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Defensa del Consumidor. Tratado jurisprudencial y doctrinario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 638.

En una especie de posición intermedia, Zavala de González y González Zavala han afirmado que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución, sino que bastará una conducta descalificable desde un punto de vista objetivo. Agregaban que se cumpliría la condición en cuestión con la indiferencia hacia el prójimo o el abuso de una posición de privilegio, por ejemplo. Llegan aún más lejos y dicen que hasta se podría condenar por daños punitivos al titular de una empresa aunque no se demuestre "la autoría cabal de aquel en la producción del hecho dañoso". ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad...*, cit., AP 1010/002933.

También se ha dicho que exigir dolo o culpa grave pondría al consumidor en una situación de prueba diabólica respecto de la conducta del proveedor dañador. En tal sentido, se ha dicho que si bien el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor adolece de muchas fallas "una regulación más detallada podría haber impedido su efectividad" pues "la regulación pormenorizada de algunos institutos jurídicos no hace más que atrofiarlos". Quienes sostienen esto consideran que basta para la procedencia del instituto una conducta grave, alevosa o reincidente. SPROVIERI, Luis E - DELL'OCA, Gastón, *Daños por productos elaborados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 589.

suadir cierto tipo de conductas. Además, por los montos que estas penas pueden representar rozaría la arbitrariedad aplicarla en casos de mera negligencia, y más aún, en situaciones basadas solamente en la responsabilidad objetiva.

Se requiere, forzosamente, que quien realiza la conducta ilícita actúe con una intención subjetiva especial. Se han usado distintos términos para identificar esa actitud: temeridad, malicia, grave menosprecio o indiferencia hacia el otro, abuso de poder, etcétera.

Pero en definitiva siempre se girará en torno a las nociones de dolo o culpa grave ("cuasi-dolo"). Es decir que, para que se impongan daños punitivos, será necesario que se acredite que el agente dañador violó deliberadamente un deber a su cargo (dolo) o que su incumplimiento es tan grosero, que resultaría difícil creer (a menos que exista mucha ingenuidad) que se trataría de un acto no intencional (culpa grave); en otras palabras, de una acción negligente o imprudente en grado extremo. En la gran mayoría de los casos, se tratará de un supuesto de "cuasi-dolo" o "dolo no acreditado", generalmente a causa de circunstancias muy particulares (la dificultad, o imposibilidad muchas veces, de probar la existencia de un estado volitivo interno), cuando no de la astuta (o, mejor dicho, maliciosa) estrategia judicial del demandado (62).

Sin embargo, debe reconocerse que no es fácil marcar el límite a partir del cual se puede empezar a pensar en la idea de aplicar los daños punitivos. Esto lo refleja Fernando Racimo (63) cuando dice, analizando la jurisprudencia norteamericana, que puede haber acuerdo en exigir algo más que la culpa, pero el problema principal es discernir en qué consiste "ese algo más".

(62) La Comisión 9 (Derecho Interdisciplinario: Derechos del Consumidor: Incidencias de las reformas introducidas por la ley 26.361) de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en 2009 emitió la siguiente conclusión: "Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos".

(63) RACIMO, Fernando M., "Panorama actual...", cit.

Sin perjuicio de lo dicho y para seguir generando dudas en torno a la figura sucederá que en no pocas oportunidades se requerirá la aplicación de lo que he denominado hace algunos años “criterio de tolerancia cero” (64) para la admisión del daño punitivo que algunos, erróneamente, lo han querido identificar con un factor objetivo de atribución. La explicación de este factor subjetivo de atribución agravado es bastante simple: en ciertas actividades, “no hay margen para la falla”; el hecho de que un empresario decida incursionar en una industria determinada lo obliga a asumir ciertas obligaciones, entre las cuales está “la de no equivocarse”. Esto porque en ciertos rubros, por lo que están en juego, no puede haber margen de error, pues si el mismo acaece, los daños que se producen pueden ser gravísimos (verbigracia en el campo de la salud). Es por eso que, si un proveedor sabe que en su actividad su margen para fallar es casi nulo, cuando el incumplimiento se produzca, no cabe más que hablar de culpa grave de una manera casi automática. Es decir, el propio incumplimiento sería la mejor demostración de una actuación que se apartó notoriamente de las reglas de la diligencia debida. Visto así no es más que una derivación casi natural del art. 1725 del Cód. Civ. y Com. (65).

(64) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Daños punitivos sí, daños punitivos no...”, LL 2012-C-63. El criterio de la “tolerancia cero” en materia de daños punitivos ha sido seguido por alguna jurisprudencia. Ver, p. ej.: CCiv. y Com. Córdoba 8ª, 8/3/2018, “Atay, Manuel José c. Embotelladora del Atlántico SA s/ ordinario - otros”, RCYS 2018-VI-96; CCiv. y Com. Tucumán, sala II, 27/7/2017, “Esteban, Noelia E. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/daños y perjuicios”, LL 2017-D-554; CNCom., sala B, “G. I., T. c. Swiss Medical SA s/ordinario”, LL 2017-A-81.

(65) Art. 1725, Cód. Civ. y Com.: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

“Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

“Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

El Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012 proponía como pauta la actuación “con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”. El art. 1587 del Proyecto de Cód. Civil de 1998 usaba el término “indiferencia” (66).

El art. 64 LDC lamentablemente no recoge todas estas observaciones, limitándose a establecer como pauta de admisibilidad “el incumplimiento a las normas de la presente ley” no exigiendo ningún tipo de factor subjetivo agravado a tener en cuenta. Tampoco señala la existencia de conductas anticompetitivas o de faltas graves cometidas en materia de concentraciones que deban ser tenidas especialmente en cuenta para la aplicación de la multa civil. Es decir, evidencia la misma falla que la contenida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin perjuicio de lo dicho, mediante un esfuerzo de integración normativa, sería posible razonar que el hecho de desdoblarse las prácticas anticompetitivas en dos categorías (a través de dos preceptos), puede ser una señal que permita sacar algunas conclusiones que arrojarían cierta precisión respecto a cuándo los daños punitivos se aplicarían en materia antitrust con mayor probabilidad, flexibilizando la prueba del dolo o la culpa grave. Concretamente, me refiero al hecho de que la LDC si bien enuncia en su art. 3º las prácticas anticompetitivas en general, les da un tratamiento diferenciado a ciertas conductas (más graves) en su art. 2º, denominándolas “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”, respecto de las cuales se presume (*iuris tantum*, a nuestro criterio —para garantizar siempre el derecho de defensa—) que causan un perjuicio al interés económico general. Pareciera que cuando se está ante prácticas absolutamente competitivas se debería acudir al criterio de “tolerancia cero” explicado anteriormente para aplicar la figura de los daños punitivos. Asimismo, aun cuando se trate de conductas no incluidas en el art. 2º de la LDC sino en su art. 3º, se podría recurrir

(66) Por su parte, en las XVII Jornadas de Derecho Civil de 1999 se concluyó, por mayoría que “conviene limitar la aplicación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos”.

al mismo parámetro evaluador de la conducta del dañador en la medida en que se esté frente a mercados que sean muy sensibles para la sociedad (verbigracia, salud o alimentos de primera necesidad, por nombrar solo algunos rubros). Es decir, el tipo de actividad que desempeñe la empresa y la trascendencia social del bien o servicio que preste tendrá un impacto singular en el nivel de diligencia que se le exigirá. En esos casos, la “vara será más alta” que para otros sujetos y, por lo tanto, la posibilidad de que incurran en conductas dolosas o con culpa grave será mayor.

Fuera de ello, también es importante destacar que el hecho de que sea necesario un factor subjetivo especial no quiere decir que no se pueda dar el supuesto de responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes (67).

Cabe reconocer que en este tipo de casos, muchas veces no será dificultoso probar el dolo (o la culpa grave) del empleado, pero resultará arduo acreditar dicha intención (o la falta notoria de control de la conducta del dependiente) en cabeza del principal, por lo que aquí adquirirá una importancia singular la teoría de la carga dinámica de la prueba, debiendo la empresa demandada arrimar luz a la controversia sobre todos aquellos puntos con respecto a los cuales se encuentre en mejor posición de acercar elementos que acrediten cómo sucedieron realmente los hechos (68).

(67) Esto porque, en estos casos, “es ilícito que el dependiente cometa un ilícito” y “es ilícito dañar por intermedio de otro”. BUERES, Alberto J., *El acto ilícito: Código Civil y derecho moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 63.

La Comisión 9 (Derecho Interdisciplinario: Derechos del Consumidor: Incidencias de las reformas introducidas por la ley 26.361) de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en 2009 emitió la siguiente conclusión: “Los daños punitivos solo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes (en sentido amplio) del proveedor”.

(68) La Corte de los Estados Unidos ha emitido varios fallos en los cuales trata la cuestión referida a la imposición de daños punitivos en casos de responsabilidad por el hecho de terceros. En tal sentido se puede citar un famoso precedente del año 2008 donde se condenó por una suma multimillonaria a la empresa petrolera Exxon por daños ambientales producidos en Alaska (más específicamente un derrame gigantesco de “oro negro”

Analizar la existencia de reproche subjetivo en la conducta requiere un marco amplio de debate. Por eso en un caso se ha rechazado el pedido de daños punitivos en el marco de un juicio ejecutivo de un consumidor demandado por una compañía financiera que le intentó ejecutar un pagaré de consumo (69).

II.7. Pautas de graduación

Una vez que se decide que el demandado tiene que ser castigado, tanto los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor como el 64 de la LDC, evidencian una notoria imprecisión en su objetivo de fijar parámetros para que se establezca la cuantía de la condena por daños punitivos (70).

En efecto, ambas brindan iguales guías que son muy poco útiles. En efecto, solo hace referencia a la “gravedad del hecho” y “las circunstancias del caso”.

Se comenzará por la segunda pauta. La expresión “circunstancias del caso”, que, dicho sea de paso, está en casi todas las leyes que a menudo los abogados consultamos, se trata, en rigor, de una “fórmula vacía”.

En realidad, se trata de “una pauta de estilo” que evita que el intérprete realice una hermenéutica “demasiado formal” de la norma. Re-

en las costas del mencionado Estado). Allí se castigó a la compañía, por más que la conducta ilícita que originó los daños fue el estado de ebriedad de un capitán de barco que abandonó la conducción del buque de manera negligente. Caso “Exxon Shipping Co. et al. c. Baker et al.”, 554 US 471 (2008). Este tipo de fallos condenatorios ya encuentra sus antecedentes en otros anteriores, siendo el primero al respecto “Louis Pizitz Dry Goods Co. c. Yeldell” (1927), en el cual se condenó a un empleador por negligencias cometidas por un dependiente suyo. Caso “Louis Pizitz Dry Goods Co. c. Yeldell”, 274 US, 112 (1927).

(69) CCiv. y Com. Azul, sala I, 22/5/2014, “Credil SRL c. Tornini, Guillermo Abel s/cobro ejecutivo”, LLBA 2014 (julio), p. 663.

(70) Alguna doctrina minoritaria se pronuncia a favor de la solución del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, señalando que “la indeterminación termina —hasta cierto punto— beneficiando al instituto y su función preventiva”, señalando que “la incorporación de pautas de graduación al texto legal permitiría que el monto de la multa civil pueda ser calculado de antemano por el agente dañador”. SPROVIERI, Luis E - DELL’OCA, Gastón, *Daños por productos...*, cit., p. 593.

presenta una especie de “válvula de escape”, a través de la cual se suelen flexibilizar requisitos que constan dentro de la letra dura de un precepto. Podría decirse que se trata de un “costumbrismo jurídico”.

La “gravedad del hecho” es, en realidad, la única pauta incluida que podría ostentar algún contenido relevante. Sin embargo, se verá que ello tampoco es suficiente.

La pura lógica dirá que mientras más grave el hecho, más alto será el monto de la sanción. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿cómo se discernirá la gravedad del hecho? La respuesta es difícil, porque no se sabe si la gravedad dependerá de los daños concretos (o potenciales) que aquel produzca, de la reprochabilidad de la conducta del agente dañador, o de alguna otra “circunstancia”. Se entrecomilla esta última palabra para remarcar que no hay claridad legal al respecto. Es que, como fácilmente se ve, la pauta “gravedad del hecho”, surgirá, en definitiva, de las particularidades del caso, apreciadas razonablemente por el juez. Es decir que, en realidad, es una guía que desorienta, porque depende, en última instancia de las siempre imprecisas “circunstancias del caso”.

Aun suponiendo que la pauta “gravedad del hecho” tenga un contenido concreto, estimo que de haberse mencionado en los textos legales comentados alguna guía para la valuación, se debería haber referenciado a la “gravedad de la conducta” y no del hecho, pues ello compatibiliza mejor con la teoría general de los daños punitivos. Es que las palabras empleadas parecieran hacer prescindir a la multa de una valoración subjetiva de quien ejecuta un accionar dañoso, lo que resulta errado. Esto en atención a que, en definitiva, lo que interesa es castigar y disuadir conductas gravemente reprochables y no meramente hechos, desatendiendo el factor subjetivo, por más que la desafortunada letra de los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 64 LDC parezcan decir otra cosa.

Resulta evidente que los textos legales en cuestión se han quedado “cortos” al momento de entregarle al juez algunos “salvavidas” que le permitan juzgar con mayor tranquilidad las situaciones que merezcan la aplicación de mul-

tas civiles que pueden implicar montos muy relevantes.

Pero hay remedios para ambos casos.

En el caso de la Ley de Defensa del Consumidor, resulta conveniente recurrir a lo previsto en su art. 49 (71), en la inteligencia de que un régimen normativo debe ser interpretado como un todo armónico y no desgajando sus preceptos particulares, desconectándolos de aquellos que puedan resultarles complementarios. Es que, en última instancia, se recurre al art. 2º del Cód. Civ. y Com. (72), que permite acudir a leyes análogas cuando un tema no halla solución de acuerdo con las palabras ni con el espíritu de la norma aplicable.

En efecto, ese art. 49, establece una serie de pautas para la aplicación y graduación de las sanciones administrativas previstas en el art. 47 de la Ley de Defensa del Consumidor, que la autoridad de contralor puede imponer a los proveedores que violan las normas que emanan del régimen.

Estas pautas para aplicar y graduar sanciones pueden ser transportadas analógicamente para iluminar, aunque sea un poco, el impreciso art. 52 bis.

Asimismo, cabe agregar algunas otras que ya habían sido recomendadas en su momento en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1999:

1. La naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado.

Se trata de un aspecto a tener en cuenta, pues no será lo mismo que dicha relación se encuentre, por ejemplo, en su etapa precontractual a que exista ya un acuerdo suscripto entre las partes. Así, en el último supuesto, la sanción deberá

(71) En sentido similar, PIEDECASAS, Miguel A., “La ley 26.361. Reseña general”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 1 (Consumidores), 2009, p. 121.

(72) El art. 2º del Cód. Civ. y Com. dispone lo siguiente: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

ser, en principio, más severa, pues el proveedor encuentra allí mayores herramientas para abusar de su situación frente al consumidor. La situación se agravará al máximo en aquellos servicios que son prestados en condiciones monopólicas u oligopólicas, requiriendo, por lo tanto, una atención aún mayor que otros casos.

2. También deberá tenerse en cuenta la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable.

El principio de razonabilidad es algo que debe estar presente en toda decisión que tome un juez, no solo cuando impone sanciones.

En virtud de ello, habrá que guardar un delicado equilibrio al momento de imponer una multa civil, pues muchas veces las conductas que originan ellas ya tienen un castigo asignado por otros preceptos (comúnmente penales o administrativas). Si bien los daños punitivos tienen por objeto evitar que la sanción que se le aplique al sujeto dañador sea insuficiente para este, no logrando disuadirlo de la realización de ciertas conductas altamente reprochables, también se debe garantizar que el castigo no sea excesivo, pues, de ocurrir ello, las consecuencias también pueden ser altamente perjudiciales no solo para el condenado, sino además para la sociedad en su conjunto.

Esto ha sido recogido en el art. 1714 del Cód. Civ. y Com., expresando que “si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”. Este precepto es particularmente importante en materia anti-trust teniendo presente lo importantes y variadas que pueden ser las distintas sanciones que se pueden aplicar al sujeto que incumplió la normativa.

3. La existencia de otros damnificados con derecho de reclamación.

Este es un punto a tener muy en cuenta (sobre todo en casos de culpa lucrativa —concepto que se verá más adelante—) porque en muchísimos casos la violación de derechos ajenos por parte

de un proveedor es masiva, esto es, afecta a numerosos usuarios o consumidores.

Lo dicho tiene su fundamento en el hecho de que todas las víctimas de un hecho tienen el derecho a una reparación adecuada. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que la Ley de Defensa del Consumidor prevé que la multa civil va destinada al patrimonio de quien la solicita, habrá que prever, en ciertos supuestos muy particulares que, por ejemplo, el monto por el que se condene no deje en una situación de inviabilidad económico-financiera al proveedor, de manera que este no pueda hacer frente a reclamos de otros damnificados por el mismo hecho, más si es que estos últimos tienen juicios ya iniciados.

4. La actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena.

Esta pauta está íntimamente relacionada con la referida a la reincidencia, actuando, si se quiere, como un complemento de aquella. En efecto, no solo deberá valorarse a los fines de fijar la cuantía de la pena que el dañador no haya infringido nuevamente las normas legales, sino que también deberá tenerse en cuenta otro tipo de actitudes positivas, que, eventualmente, aquel puede exteriorizar luego del hecho anti-jurídico que cometió con anterioridad. Así, si el hecho de la discordia fue lanzar al mercado productos defectuosos, deberá ser tomado en cuenta, como algo que opera a su favor, la implementación por parte del proveedor de ciertos métodos o técnicas industriales destinadas a no repetir nuevamente esas fallas.

Todos estos parámetros nombrados pueden cumplir adecuadamente la función de graduación de la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Lógicamente, habría que tomarlos en cuenta en caso de decidirse alguna reforma a dicho texto legal.

La propuesta de modificación al art. 52 bis mencionado por parte del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012, también establecía pautas. Así hablaba de fijación “prudencial” del monto “tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obte-

ner, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (...) Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”

Por último, hay autores que han dicho que, cuando se dan las condiciones para aplicar el daño punitivo, el juez no solo “puede” aplicarla (como reza el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor) sino que “debe” hacerlo (73).

En la medida en que la vulneración de las normas de defensa de la competencia se superponga con afectaciones a las normas de tutela de los consumidores, gran parte de lo dicho se tiene por reproducido para una mejor interpretación de las pautas de graduación de la multa civil del art. 64 LDC.

No obstante, también la LDC en otra parte de su texto da pautas guías (mucho más precisas que las referidas en su art. 64) para graduar las multas en general, lo cual podría ser tenido en cuenta, lógicamente, para la multa civil. Por ejemplo, las enumeradas en su art. 56:

1. La gravedad de la infracción.
2. El daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida.
3. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida.
4. El efecto disuasivo.
5. El valor de los activos involucrados al momento en que se cometió la violación.
6. La intencionalidad, duración y participación del infractor en el mercado.
7. El tamaño del mercado afectado.

(73) En este sentido: NALLAR, Florencia, “Prevención del daño...”, cit., y ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, JA 2008-II-1246.

8. La duración de la práctica o concentración.
9. Los antecedentes del responsable y su capacidad económica.
10. La colaboración con las autoridades de control en la materia en el procedimiento destinado a conocer o investigar la conducta.

El art. 65 de la LDC es otra disposición importante que puede incidir en la eximición o atenuación de la condena por daños punitivos pues permite que las personas humanas o jurídicas demandadas en el caso se acojan al beneficio del programa de clemencia previsto en los arts. 60 y 61 de la LDC. Cabe aclarar, no obstante, que siempre es facultad del juez conceder esa eximición, aun cuando haya una previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que se cumplieron los recaudos establecidos en la LDC para acceder al programa (74). Además de ello esto continúa relativizándose a poco que se advierta que la parte final del art. 65 de la LDC expresa que “Como única excepción a esta regla, el beneficiario del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII será responsable solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) 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 infracción a las normas de la presente ley”.

II.8. Carácter excepcional

La condena por daños punitivos reviste un carácter claramente excepcional. De no cumplirse con las exigencias referidas en lo que a factores subjetivos de atribución se refiere no debería aplicarse la multa civil.

Es que no se condenará por daños punitivos todos los días; el remedio en cuestión fue ideado para darle solución a situaciones muy puntuales. No cualquier incumplimiento o simple negligencia dará lugar a esta pena. Para ello están los rubros resarcitorios clásicos.

(74) Coincide en esto: MOLINA SANDOVAL, Carlos. A., “Daños punitivos...”, cit.

La multa civil tiene un carácter selectivo, si se quiere, con respecto a la conducta por la cual se aplicará. Mediante la figura se desea erradicar ciertos comportamientos muy específicos, y es quizá en su excepcionalidad, en que radica su posibilidad de éxito.

En realidad, se está frente a un instituto que funciona como una herramienta jurídica, destinada a castigar y disuadir conductas de una gravedad subjetiva muy particular. De lo contrario, de aplicarse todo el tiempo, y casi por cualquier razón, la herramienta se iría desgastando progresivamente, hasta perder ese “impacto psicológico” que lleva a que las personas, y especialmente las grandes empresas, se abstengan de realizar determinadas acciones, o, por lo menos, que lo piensen varias veces antes de llevarlas a cabo.

Lo dicho no implica que en la realidad cotidiana se deban observar muy pocas condenas por este rubro. Al contrario, esa “excepcionalidad” del instituto deberá ser entendida dentro del contexto de graves incumplimientos a sus deberes en material antitrust y consumeril que se observa en un gran número de compañías dentro de Argentina hoy en día. Dicho en términos sencillos y sin que se pierda el carácter excepcional: a mayor cantidad de conductas reprochables, le deberá seguir un mayor número de condena por daños punitivos.

No obstante lo dicho, ni el “texto duro” del art. 64 LDC ni el del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor permiten advertir esa excepcionalidad pues prescinden de la inclusión de un factor subjetivo de atribución para la puesta en funcionamiento de la figura (más allá de lo que jurisprudencial y doctrinariamente se ha venido sosteniendo en nuestro país sobre el punto). Es decir, no hay una manda legal estricta de donde se desprenda ese carácter excepcional, más allá de que es lo más correcto y lo que mejor se condice con la teoría general de los daños punitivos.

II.9. *Carácter accesorio*

En otra falla que se puede considerar importante, del análisis de los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 64 de la LDC, parece surgir la posibilidad de que se demande sola-

mente por multa civil, sin reclamar los daños ordinarios.

Esto porque ambos preceptos expresan que la multa procede “*independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*”, con lo que se podría interpretar, con algún asidero, que no funciona de modo accesorio a un reclamo principal, aunque generalmente acompañe a este (75).

Con otra mirada, Federico Álvarez Larrondo (76) expresaba que, aunque ello no surge claro de la norma, pareciera que el consumidor debe sufrir un daño para poder reclamar daños punitivos. Rechaza esta postura argumentando que la multa civil no busca reparar sino sancionar, constituyendo una “herramienta de avanzada superadora de la última ratio penal, y de la incapacidad de control absoluto por parte del Estado”. Agregaba que lo que se debe buscar es detener “*el obrar riesgoso o lesivo*” de ciertos proveedores. En dicho sentido, manifestaba que exigir como requisito de procedencia la prueba de un daño sufrido contrariaría la finalidad de la propia norma. Este razonamiento

(75) Existen algunas voces que afirman con contundencia que el art. 52 bis permite aplicar la multa civil de modo autónomo. Así, Fernando Colombres expresa que no se requiere la existencia de un perjuicio para imponer daños punitivos. Continúa diciendo que, haya o no daño, si se da una grave inconducta, se deben aplicar daños punitivos. Por último, citando a Pizarro, agrega el autor que, de no procederse con el mencionado criterio, habría que esperar que la conducta gravemente reprochable del dañador se cobre una víctima para que recién pueda tener lugar la condena por daños punitivos. COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E-1159. También consideran que el daño punitivo no es accesorio SPROVIERI, Luis E - DELL’OCA, Gastón, *Daños por productos...*, cit., p. 592. Por último, se ha dicho que se puede generar alguna duda respecto de si el daño punitivo puede ser petitionado no solo cuando se afecten derechos sino cuando sean “amenazados”, conforme podría surgir de la relación de este precepto con el art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor. A ello se ha agregado que admitir la multa civil en este último supuesto no sería descabellado, si se atienden la finalidad preventiva del daño punitivo. PINESE, Graciela G. - CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 329.

(76) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La incorporación...”, cit.

también podría ser extendido lógicamente el texto del art. 64 de la LDC.

Alguna jurisprudencia reciente ha receptado esta posición (77).

Analizando el texto del art. 64 LDC Molina Sandoval (78) apoya la autonomía de la acción por daños punitivos expresando que el fundamento surge más nítido que en materia de defensa del consumidor pues la cuantificación de los daños económicos por afectación del mercado suele ser difícil y existe una “complejidad de la acreditación suficiente del nexo de causalidad entre la conducta anticompetitiva y los daños” soliendo existir incluso concausas o hechos interruptores de aquel que inciden en las ganancias dejadas de percibir por un competidor.

No estoy de acuerdo con las posturas de estos autores.

Debe recordarse ante todo que, si bien los daños punitivos tienden a flexibilizar el rigor del sistema resarcitorio que rige en la Argentina en materia de responsabilidad por daños, no implican su derogación lisa y llana.

En consecuencia, quien solicite la pena está forzado a reclamar que le indemnicen, aunque sea por pequeños perjuicios. De lo contrario, su pedido no podrá ser tenido en cuenta (79). Por lo demás, los propios textos legales de ambas leyes analizadas mencionan expresamente al “damnificado” como sujeto que insta la acción por lo que se sobreentiende que sufrió daños previo a reclamar.

Cabe reconocer, sin embargo, que hay ciertos perjuicios que son muy complejos de demostrar y que, por lo tanto, serían, en cierto modo, un impedimento para la procedencia de la multa. En materia de defensa de la competencia, por

ejemplo, cuando el accionante sea un ciudadano común, verbigracia, muchas veces tendrá dificultades para conocer si pagó un sobreprecio por bienes o servicios y que ello esté relacionado causalmente con el obrar anticompetitivo.

En estos supuestos hay que recordar que las presunciones e indicios serán una buena herramienta para que los jueces den por acreditados ciertos daños que según su íntima convicción se han producido, no obstante lo complejo o diabólico de su prueba. Por lo demás, en muchos casos el perjuicio surge *in re ipsa*, por lo que no se requiere prueba (el caso típico es el daño moral) (80).

La multa civil es entonces un remedio accesorio, que siempre va “enganchado” de una condena principal que ordena indemnizar los perjuicios causados. No resulta concebible una condena autónoma por daños punitivos. Por lo tanto, si no se acredita previamente que se ha sufrido un daño será imposible aplicar la pena en cuestión.

Sobre el tema de la accesoriedad de esta sanción, hay una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del año 1978, dictada en el caso “Carey v. Piphus” (81). Allí la parte actora impugnó medidas de disciplina escolares considerando que se violaron en su contra las formalidades del debido proceso, por lo que petitionó la imposición de daños punitivos. Luego de pasar el juicio por las instancias judiciales correspondientes, la Corte resolvió no hacer lugar a los daños punitivos, pues argumentó que no se había probado que la violación de la garantía en cuestión haya producido un daño a los reclamantes. Es decir, se sostuvo que, sin prueba de perjuicios sufridos, no hay daños punitivos.

Una aclaración: se exige una condena principal por daños, pero ello no significa que el monto de ella deba representar un monto re-

(77) CCiv. y Com. 1ª San Nicolás, 12/6/2018, “Asociación Nicoleña Antipoliomielítica y de Rehabilitación del Lisiado c. Telecom Argentina SA”, LL Online AR/JUR/22564/2018.

(78) MOLINA SANDOVAL, Carlos. A., “Daños punitivos...”, cit.

(79) En similar sentido: LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2a ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563.

(80) Con acierto se ha dicho que el hombre suele sufrir más a veces por la afectación de sus intereses morales que por las pérdidas pecuniarias. MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, León - CHABAS, François, *Derecho Civil: obligaciones*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 527.

(81) Caso “Carey v. Piphus”, 435 US, 247 (1978).

levante en dinero. Bastará que se prueben perjuicios aunque sea por un par de centavos para que la multa civil tenga lugar (podrían ser daños patrimoniales o extrapatrimoniales “mínimos” incluso). En materia antitrust, por ejemplo, bastaría con que el sujeto haya pagado un pequeñísimo sobreprecio a causa de una conducta anticompetitiva llevada adelante con dolo o culpa grave, por ejemplo. Sin embargo, no debería poder reclamar por una multa civil si no logra demostrar el perjuicio que sufrió.

Esto es particularmente relevante en ciertos supuestos. Por ejemplo, en los casos en que se desee castigar las actuaciones ilegales realizadas en “modo hormiga” que son aquellas mediante las cuales un proveedor de ciertos bienes o servicios masivos intenta, indebidamente, cobrar a un gran número de consumidores sobreprecios (derivados de conductas ilícitas) por pequeñas sumas o bien afectarlos en sus derechos por montos que individualmente podría ser caratulados como insignificantes pero que, globalmente, pueden constituir sumas millonarias.

Mientras no existían los daños punitivos en la Argentina (antes de abril de 2008 para defensa del consumidor y previo a mayo de 2018 para defensa de la competencia), esta era una táctica bastante efectiva, pues muchas compañías se hacían de una cantidad pecuniaria muy considerable y no sufrían el riesgo de ser demandadas por los perjudicados, ya que el daño causado era irrisorio (“micro-perjuicios”), desde un punto de vista económico, no “valiendo la pena” intentar un reclamo judicial. Con el advenimiento de la multa civil, se abrió la chance de que estas “ingeniosas” maniobras no queden impunes.

Por lo demás, la aceptación de la indemnización de los denominados “daños mínimos” (sean patrimoniales o extrapatrimoniales) adquiere aquí una gran importancia, pues admitir su indemnización (dejando de lado el principio de insignificancia que alguna doctrina ha defendido) trae aparejada también la posibilidad de que, además, se puedan aplicar daños punitivos al sujeto que actuó con dolo o con culpa grave frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Por último, determinar si la acción mediante la cual se reclama la multa civil es autónoma

o un accesorio de una acción de daños compensatorios tiene una consecuencia muy importante en materia de prescripción. Si se considera que no puede ser planteada de manera independiente el plazo para reclamar se determinaría por lo dispuesto a partir del segundo párrafo del art. 72 de la LDC⁽⁸²⁾ (dos o tres años con cómputos diferentes en cada caso). Si, por el contrario, se sostiene su autonomía, esa parte del precepto deviene inaplicable pues solo se refiere a la acción de daños del art. 63 de la LDC y no a la multa civil del artículo siguiente (pues sería independiente). Ante esa situación caben dos opciones con resultado idéntico: a) se puede aplicar residualmente el art. 72, primer párrafo de la LDC que prevé cinco años como plazo genérico para las sanciones; o b) recurrir a la solución general del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. que también prevé genéricamente cinco años cuando la acción no tiene un término específico para ser interpuesta⁽⁸³⁾. Según mi punto de vista, el fundamento por el cual el plazo es de cinco años es el encuadre de la situación en las previsiones del art. 2560 del Cód. Civ. y Com.⁽⁸⁴⁾ pues es lo que se encuentra en línea con lo que vengo sosteniendo a lo largo del trabajo.

(82) Art. 72, ley 27.442: “Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años desde que se cometió la infracción. En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis.

“Para el caso de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contemplada en el art. 62 de la presente ley, el plazo de prescripción, según corresponda, será de:

“a) Tres (3) años a contarse desde que (i) se cometió o cesó la infracción o (ii) el damnificado tome conocimiento o pudiese ser razonable que tenga conocimiento del acto o conducta que constituya una infracción a la presente ley, que le hubiere ocasionado un daño; o

“b) Dos (2) años desde que hubiera quedado firme la decisión sancionatoria de la Autoridad Nacional de la Competencia”.

(83) En este caso, el segundo párrafo del art. 2561 del Cód. Civ. y Com. no sería aplicable pues dispone que prescribe a los tres años “el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil”, hipótesis que no sería la correcta para el supuesto de sostenerse el carácter autónomo de la acción por daños punitivos.

(84) En contra y haciendo primar el plazo de tres años previsto en la LDC: MOLINA SANDOVAL, Carlos. A., “Daños punitivos...”, cit.

II.10. Necesidad de instancia de parte

Según la letra de los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 64 de la LDC, los daños punitivos solo funcionan previo pedido o instancia de parte. No procede, en consecuencia, la aplicación de oficio. Critiqué en su momento esto, sosteniendo que sería saludable permitir al juez aplicar la figura en ciertos casos, aun cuando no se la haya solicitado expresamente. No obstante lo señalado, cabe aclarar que, para permitir dicha solución, sería necesario una reforma legal pues los dos textos vigentes vedan la imposición *motu proprio* de la sanción por parte del magistrado (85).

Álvarez Larrondo (86) se pronuncia en desacuerdo también con la solución del precepto normativo ya que estima que la aplicación de la sanción no puede quedar sujeta al eventual conocimiento que del instituto tenga el damnificado, cuando la herramienta en cuestión ha sido instaurada para cumplir finalidades preventivas.

Sería esencial incorporar la posibilidad de que el magistrado aplique de oficio la pena, en caso de que, en una futura reforma legislativa, se establezca que el monto de la condena no irá destinado al accionante, o bien le corresponderá una proporción reducida. La explicación sería que, en la hipótesis analizada, la sanción raramente será solicitada por quien demande, ya que este último, al no poder enriquecerse con su accionar, perderá el “estímulo económico”, a menos, claro está, que mediante su actuación desee beneficiar a todo el conjunto social (lo cual no es muy frecuente).

Molina Sandoval (87) considera que permitir la aplicación de oficio de la multa civil implicaría la imposición de una sanción sin garantizársele a su destinatario el ejercicio de su derecho de defensa. Agrega que se vulneraría, en última instancia, el principio de congruencia (88).

(85) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Imposición de oficio de daños punitivos”, LL 2012-C-468.

(86) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La incorporación...”, cit.

(87) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Derecho del consumo*, Advovatus, Córdoba, 2008, p. 87.

(88) En similar sentido se ha pronunciado alguna jurisprudencia. CS Tucumán, sala Civil y Penal, 6/12/2011,

El Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012 mantenía la solución del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, en cuanto a requerimiento de instancia de parte se refiere.

Gabriel Martínez Medrano (89) expresa que en los juicios a desarrollarse ante la Justicia Nacional de las Relaciones de Consumo (creada por la ley 26.993 —publicada en el BO el 19/9/2014—) pareciera que “el juez puede aplicar la multa de oficio, sin requerimiento de parte, ya que la parte no puede pedir una multa por arriba del tope, lo que causaría la incompetencia del Tribunal”. No estoy de acuerdo con esta opinión ya que parece una interpretación forzada del texto legal.

Por otra parte, la instancia de parte no requiere la “cuantificación” del daño punitivo. Es decir, al consumidor le bastará con pedir la aplicación de la multa sin estimar su monto, tarea que queda en manos del juez sin perjuicio de la colaboración que preste el interesado en la determinación del *quantum*.

II.11. Destino de la multa civil

Otra característica de los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 64 de la LDC, es que establecen que el total de los daños punitivos vaya destinado al patrimonio del damnificado peticionante (90).

Este constituye uno de los temas más discutidos dentro de la teoría general de los daños punitivos y, según mi opinión, la principal causa por la cual la multa civil es aplicada aún poco en la Argentina (se recuerda que para las relaciones de consumo la vigencia del instituto cumplió ya diez años). Me ocuparé más adelante de esto al reseñar el panorama jurisprudencial de la materia en la Argentina.

“Borquez, Juana Francisca c. Cía. de Teléfonos del Interior SA CTI Móvil s/daños y perjuicios”, LL 2012-C-469.

(89) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Comentario al proyecto sobre la justicia en las relaciones del consumo”, LL del 8/9/2014, p. 1.

(90) Expone Jorge Galdós que “la determinación del destino es un aspecto librado esencialmente al arbitrio legislativo”. GALDÓS, Jorge M., “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel-HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 263.

Quienes apoyan la solución legal arguyen que es la única manera en que los daños punitivos funcionen de un modo eficaz en la práctica, constituyendo la figura una especie de “recompensa” a favor de quien ha luchado por la imposición de la pena, gastando su tiempo y dinero.

Así, Edgardo López Herrera (91) ha expresado que a veces los autores argentinos no llegan a comprender que, si no se destina la totalidad o la mayor parte de los daños punitivos a la víctima, el incentivo se pierde para ellos. Además, agrega que “un juicio por daños punitivos implica no solo una gran inversión de tiempo y dinero, sino el granjeo de odios, rencores y ánimos de venganza. Significa la exposición a riesgos por parte de sus iniciadores. Riesgos no solo económicos, sino profesionales, por la reputación que se pone en juego al iniciar este tipo de juicios y quién sabe si no personales por los intereses que se tocan”.

Hay quienes se inclinan por un destino mixto. Augusto Sobrino (92), por ejemplo, opinaba que, si el actor no recibe aunque sea un porcentaje de la multa, será muy difícil que reclame ese rubro en su demanda. No obstante, sugiere que la mitad del monto vaya a quien solicitó la pena y la otra mitad se destine a engrosar las partidas presupuestarias correspondientes a educación, salud y justicia.

Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala (93) han afirmado que al menos una parte importante de la multa debe ir a favor del damnificado. Sugieren que la parte restante sea destinada a entidades científicas, de bien público o fondos de garantías para víctimas de dañadores insolventes.

Agregaban que “si la pena se socializa (percepción por el Estado), la institución pierde su fuerza, por tornarse de dudosa aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar su imposición.

(91) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 319.

(92) SOBRINO, Augusto R., “Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad”, JA 1996-III-976.

(93) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad...*, cit.

La realidad argentina demuestra la escasa represión de delitos no penados con penas privativas de libertad (cuyas acciones prescriben generalizadamente)”.

Pero también se han dado otras soluciones.

Por ejemplo, el Proyecto de Cód. Civil de 1998, en su art. 1587 (versión original), preveía que era el Tribunal el que decidía a quién favorecía la multa. Es decir, no establecía ninguna definición *a priori*, ya que se podía resolver, en cada caso concreto, que benefició a la víctima, a un fondo especial, a una ONG, al Estado, establecer un destino mixto, etcétera.

Ese texto sufrió algunas modificaciones y agregados cuando entró a análisis de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación. Dicha versión se pronunció por una alternativa un poco “más criolla”, que han propugnado algunos autores argentinos, y ahondó más profundamente en este tema que el art. 1587 en su primera redacción. En efecto, estableció una idea bastante original. Preveía que el contenido de la condena vaya a un fondo especial (que debía establecerse en cada jurisdicción) que tenga como objeto cubrir aquellas indemnizaciones que obtuvieran judicialmente ciertos damnificados que no pudieron cobrarlas a raíz de la insolvencia de sus deudores. Eventualmente, el magistrado tenía la facultad de decidir que la multa civil (hasta un límite del 30% de su cuantía) podía ser destinada a la víctima que la solicitó y la obtuvo judicialmente.

También hay que señalar que la reforma del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, originalmente proyectada en 2012 junto con el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., preveía que el juez debía resolver el destino por resolución fundada sin realizar ningún otro tipo de precisión.

Jorge Mosset Iturraspe (94) ha rechazado las posiciones que posibilitan que el accionante sea el destinatario del monto fijado en concepto de daños punitivos. Expresaba que es “una so-

(94) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, LL 2000-B-1277.

lución alejada del 'logos de lo razonable' y, además, caprichosa" (95).

Sin embargo, este mismo autor consideraba que si el destino quedaba librado al criterio de los jueces se generaría una lista interminable de posibles destinos de los montos condenados, yendo "desde la Casa Cuna, al combate contra las plagas de la agricultura, pasando por la educación, los hospitales o el fomento de la cibernética." Se pronunciaba de acuerdo con la opción que considera conveniente que el dinero de estas condenas vaya dirigido a fondos de garantía, creados por ley, que tengan por objeto, por ejemplo, cubrir a los damnificados por accidentes anónimos o de autores no identificados o bien las víctimas de sujetos dañadores insolventes (96).

Álvarez Larrondo (97), en una publicación del año 2000, propuso una original idea para lo relativo a relaciones de consumo, lo que podría trasladarse (con adaptaciones) a la materia antitrust. Expresó que, en primer lugar, había que distinguir si el o los damnificados son fácilmente determinables. En dicho caso, la pena debe distribuirse entre ellos. Poniendo el ejemplo de productos defectuosos (automóviles), expresó que "debería formarse con el monto surgido de la punición un fondo común, siendo administrador del mismo el juez de la causa. A continuación, debe procederse a publicar por los medios de prensa masivos, que aquellos que posean el producto defectuoso en su poder,

(95) Se ha dicho que la solución legal es criticable, "porque llevaría al enriquecimiento sin causa de la víctima, y generaría una situación de desigualdad con quienes hayan resultado dañados por la misma causa, pero obtengan sentencia en un momento posterior". LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 563. Carlos Ghersi y Celia Weingarten consideran que la suma debería ser destinada sea a un fondo especial con diversos fines como ser, salud, educación o información masiva al consumidor, e incluso para otorgar subsidios o créditos a baja tasa a subconsumidores. GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Defensa del consumidor. Tratado jurisprudencial y doctrinario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 638.

(96) Esta posición es la que se había seguido en la Cámara de Diputados para modificar el contenido del art. 1587 del Proyecto de 1998.

(97) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "Los daños punitivos", LL 2000-A-1111.

deberán presentarse en el expediente a efectos de entregar el vehículo para ser canjeado por la parte proporcional que le corresponde en dicho fondo, en un plazo perentorio, con más el valor de su rodado. De esa manera se distribuiría el capital de forma equitativa, en tanto que aquel que ha sufrido el daño participará en dicho fondo, en tanto su auto ha sido destruido, además de recibir la plena reparación que el ordenamiento establece por los daños sufridos. Transcurrido el citado plazo, de haber remanente, el mismo debería destinarse a instituciones de bien público." En el caso que se torne imposible la determinación de las personas afectadas (da el ejemplo de un desastre ecológico), "el juez debe ordenar que se efectúe una estimación por peritos del número posible de afectados, y sobre la base de ello agrupar en categorías, conforme a bases objetivas, a los damnificados, según el grado de afección. Dentro de dicho grupo, el monto se dividiría entre el número que el estudio arroje como posibles afectados. Ello, amén de las indemnizaciones que correspondan en cada caso. Aquí también regiría un plazo perentorio, operado el cual, los fondos serán destinados a una institución de bien público".

Comparto los fundamentos que ha dado López Herrera, ya que no es fácil luchar y llegar a que se condene con daños punitivos el accionar de algún proveedor o empresario inescrupuloso, sobre todo, si este último ostenta cierto poder fáctico o de mercado. Sin embargo, no es saludable que el total del monto de la multa se destine a quien la solicite (98). Más equitativo es que solo vaya a su patrimonio una porción considerable de ella (99), reservando la otra parte para algunos de los buenos fines que han mencionado diversos autores en este apartado (100).

(98) De destinarse el total de la sanción al peticionante, la crítica relativa al enriquecimiento sin causa que ensayan algunos adquiere un mayor peso.

(99) Un 50% sería algo razonable aunque ese porcentaje también podría aceptarse que sea inferior, si se trata de una condena por daños punitivos por un monto de dinero muy considerable. Contrariamente, podría ser superior cuando la condena de daños punitivos involucre sumas exiguas.

(100) En pensamiento que no comparto, Alberto Bueres ha sostenido que quienes defienden el destino

II.12. ¿Los daños punitivos deben respetar alguna proporción? Conveniencia o no de "topes"

Sobre este punto hay una diferencia notable entre el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y el art. 64 de la LDC, pues mientras el primero establece un tope, el segundo no lo hace. Se analizará primero la conveniencia de topes (a través del texto del art. 52 bis, para luego ocuparme de la solución dada por la ley 27.442).

En otra decisión de política legislativa controvertida, la Ley de Defensa del Consumidor establece un límite máximo o tope para las condenas por daños punitivos, las cuales no pueden superar la suma fija y nominal (no actualizable) de cinco millones de pesos.

El tema del monto de los daños punitivos ha generado grandes controversias en los Estados Unidos, encontrándose pronunciamientos diversos al respecto.

Existen casos muy importantes en los últimos 25 años en los que la Corte de dicho país resolvió sobre este tema (lo que no había hecho hasta ese momento). El tribunal debió involucrarse en estas cuestiones porque las condenas por daños punitivos que imponían los jurados eran de montos cada vez más extraordinarios.

El primero de ellos fue "Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip" (101) del año 1991. La parte demandada impugnó allí que el monto de los daños punitivos solo tenga como límite la discrecionalidad de los jurados. El tribunal rechazó el argumento, afirmando que el criterio asumido no era inconstitucional en sí mismo. Bastará con que se constate que se hayan empleado criterios que superen un *test* objetivo de

mixto de la condena "no hacen más que demostrar sus dudas sobre la justicia del instituto jurídico y, subconscientemente, tratan de difuminar la auténtica realidad de que los dañados no pueden percibir un dinero superior al representativo del daño experimentado". BUERES, Alberto J., "Comentario al art. 52 bis LDC", en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 637.

(101) Caso "Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip", 499 US, 1 (1991).

razonabilidad al imponer la pena. Así, se tuvo en cuenta que eran aceptables las indicaciones que se les dieron a los miembros del jurado para fallar. También se valoró que hubo instancias judiciales de revisión en las cuales se posibilitó la chance de que la suma de la condena sea ajustada a un monto razonable. Agregaron, por último, que no era posible establecer fórmulas matemáticas para establecer la cuantía de la multa civil.

El segundo caso se resolvió dos años después y fue "TXO Production Corp. c. Alliance Resources Corp." (102). En este juicio la Corte siguió un criterio más o menos similar al del antecedente recién mencionado, y validó la condena por daños punitivos no obstante su considerable cuantía. Para hacerlo, simplemente tuvo en cuenta las circunstancias particulares del caso como la intención subjetiva del demandado y la magnitud de los daños (actuales y potenciales). En otras palabras, se evitó la rigidez aplicando un criterio de elasticidad para definir cuánto se debe pagar en concepto de daños punitivos. El problema era que esa elasticidad que se propugnaba era demasiada "elástica" (valga la redundancia).

En búsqueda de mejores y más precisos parámetros para aplicar daños punitivos, la Corte aceptó resolver, en 1996, el caso "BMW of North America, Inc. v. Gore" (103) donde se le puso un freno importante a las condenas exorbitantes en materia de daños punitivos que se venían dando hasta el momento. Este precedente se lo tratará de un modo más minucioso que los anteriores dada su trascendencia.

En este juicio, el actor demandó a BMW, pues al comprar un auto cero kilómetro importado constató que había sido repintado, atribuyéndole, por lo tanto, la comisión de un acto fraudulento y engañoso a la compañía acusada. El jurado, en primera instancia, llegó a un veredicto en el cual existía una diferencia de números más que importante entre la indemnización por daños reales (que fue de u\$s 4000) y la establecida por daños punitivos (u\$s 4.000.000).

(102) Caso "TXO Production Corp. c. Alliance Resources Corp.", 509, US, 443 (1993).

(103) Caso "BMW of North America, Inc. c. Gore", 517 US, 559 (1996).

Si bien el monto de la pena privada fue reducido a la mitad por la Corte Estadual de Alabama, la demandada llegó hasta el Tribunal Supremo norteamericano, atacando la razonabilidad de la pena impuesta. Luego de estudiar la situación, el órgano judicial en cuestión dejó establecidas una serie de Directrices que permitan dilucidar cuándo existe razonabilidad y cuándo no. Los parámetros fueron tres:

1. En primer lugar se decidió que se debía tener en cuenta el grado de reprochabilidad de la conducta. Se resolvió que el primer aspecto a tener en cuenta era cuán reprochable era la conducta en la que ha incurrido el demandado. Hay conductas más disvaliosas que otras (en el caso se consideró que la conducta de BMW no era lo suficientemente repudiable para aplicar la pena).

2. El segundo indicador se relacionaba con la proporción (o desproporción) existente entre la indemnización por daños comunes y el monto de la pena privada. Si bien se ratificó la prohibición de fijar un método matemático para discernir la cuestión, en el análisis concreto del caso, se decidió que había existido irrazonabilidad, sobre todo si se consideraba que la condena por daños punitivos era 500 veces superior a los montos por los perjuicios efectivamente sufridos. Además, no se avizoraba un daño potencial para otros compradores del automóvil en similar situación. Cabe destacar que se dejó la puerta abierta también para que se puedan imponer daños punitivos altos, aunque las restantes indemnizaciones sean bajas (y viceversa), siempre y cuando las circunstancias particulares así lo aconsejen.

3. El último factor a tener en cuenta se refería a la comparación de la sanción por daños punitivos con sanciones de otra naturaleza (penal, p. ej.), aplicables para castigar conductas similares. La existencia de otras sanciones debía ser valorada para imponer una multa civil. Si bien, en el caso, el monto de los daños punitivos era muy superior a las multas que podrían surgir de otras normas, la Corte sostuvo, basándose en los buenos antecedentes de conducta de la compañía, que una suma menor a la fijada por los tribunales de Alabama también hubiera cumplido adecuadamente los fines disuasivos.

Como claramente se puede observar, las reglas fijadas en este precedente tampoco son muy convincentes a los fines de brindar un poco más de luz a la difícil tarea de fijar la cuantía justa por daños punitivos en un caso concreto.

Es de destacar que en numerosas oportunidades se ha reducido el monto de los daños punitivos, con el fin de llevarlos a límites aceptables, y, en última medida, hacerlos parecer razonables en comparación con las indemnizaciones ordinarias. Una sentencia paradigmática al respecto se dictó en el año 1981 por la Corte de California en el célebre caso "Grimshaw v. Ford Motor Co." (104). Allí, se redujo de modo espectacular la condena por daños punitivos establecida originariamente por el jurado en la suma de 125 millones de dólares.

Por último, no se puede dejar de mencionar una importante y posterior resolución del Tribunal Supremo norteamericano, que volvió a sembrar dudas en lo referido al monto que pueden alcanzar los daños punitivos y su relación con los de carácter compensatorio.

La referencia es al caso "Philip Morris v. Williams" (105), en el que los jueces, en una resolución de solo dos líneas de fecha 31 de marzo de 2009, rechazaron la apelación de la parte demandada, por estimarla mal concedida. Consecuencia de ello se dejó firme un decisorio emitido en el Estado de Oregon, mediante el cual se condenó a la tabacalera al pago de una suma inferior al millón de dólares en concepto de daños compensatorios pero de 79,5 millones por daños punitivos, como consecuencia de la muerte de una persona fumadora (106). Como se observa, la suma de la pena privada no tiene casi comparación con el

(104) 119 Cal. Aps. 3d 757.

(105) En este juicio la viuda Mayola Williams demandó a Philip Morris por la muerte sufrida por su esposo, Jesse Williams, en 1997, como consecuencia de un cáncer pulmonar. El hombre, un conserje de escuela, fumó durante más de 40 años tres atados de cigarrillos diarios. El proceso estuvo plagado de marchas y contramarchas e incluso pasó por manos de la Corte Suprema un par de veces con anterioridad a la resolución de marzo de 2009 que le puso un punto final a la contienda. Caso "Philip Morris USA Inc. c. Williams", 556 US 178 (2009).

(106) Si a estos montos se le suman los intereses, se supera largamente los 100 millones de dólares.

monto en concepto de daños compensatorios fijados. Esto pone de nuevo sobre el tapete el intrincado tema de la razonabilidad de la cuantía de las multas civiles.

Volviendo a la solución legislativa del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, en el mismo se ha cometido un nuevo error, pues se prevé un tope o techo en lo referido al monto máximo que se puede imponer en concepto de multa civil. Más precisamente, cinco millones de pesos (107).

En efecto, no se tendría que haber hecho referencia a un límite máximo de la pena. Todo lo contrario, lo aconsejable hubiera sido dejar la cuantía a determinación del juez en el caso concreto, de manera que el proveedor que se apresta a violar temerariamente la norma no pueda tener posibilidades de realizar su cálculo de rentabilidad (costos-beneficios), que sí se le permite mediante la actual redacción legal. En el caso de fijar montos, hubiera sido más aconsejable prever un piso obligatorio en vez de un techo (108). De esa manera, aunque sea se tutelaría al damnificado, asegurándosele un monto de dinero determinado en caso de que su petición de daños punitivos sea acogida en tribunales.

Amén de lo dicho, si bien la suma de cinco millones parece impactante en principio y seguramente es un techo razonable para disuadir a muchos proveedores (especialmente los de menor envergadura), no será un obstáculo de relevancia para algunos de ellos, que

manejan negocios de magnitudes realmente colosales (109).

Para intentar darle una solución satisfactoria a este tema, Álvarez Larrondo (110) interpretaba que dicho tope funciona de modo independiente para cada petición de daños punitivos. Por lo tanto, si varios consumidores reclaman contra el mismo proveedor una multa civil, se puede condenar al pago de los cinco millones en cada uno de los casos, pues no se trata de un tope que funcione para el conjunto (111).

Agregaba que, si la autoridad de contralor puede aplicar en cada expediente infraccional una sanción que tenga como límite máximo el tope referido, será absolutamente razonable también que igual suma se imponga en concepto de daños punitivos en cada caso judicial concreto.

A partir de dicha hermenéutica, este autor marplatense elogia la redacción del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, expresando que “ha venido a poner racionalidad y solución a uno de los tópicos más debatidos en torno a esta figura, vinculado con los supuestos de daños múltiples, donde se discutía si solo tenía derecho a cobrar la multa civil el afectado que prevenía o si, por el contrario, debía distribuirse un daño punitivo global a prorrata. Aquí la norma ha dado una solución inteli-

(107) A diferencia de la actual Ley de Defensa del Consumidor, los Proyectos de Código de 1998 y la propuesta originaria de modificar el art. 52 bis del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de 2012, no prevenían la existencia de un tope techo monetario al respecto.

(108) Se ha dicho que la multa no puede ser irrisoria ni simbólica, sino que debe tener cierta significación. TINTI, Guillermo P. - ROITMAN, Horacio, “Daño punitivo”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 1 (Eficacia de los derechos de los consumidores), 2012, p. 227. También que si la condena por daño punitivo implica montos exigüos y no equivale a sumas significativamente mayores al daño sufrido por el damnificado la finalidad de la figura queda a mitad de camino. TÉVEZ, Alejandra N. - SOUTO, María Virginia, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor”, RDCO 263-667.

(109) Se ha manifestado que la tarificación establecida por la ley “no se condice con las características del instituto y, podría, en muchos casos, frustrar el fin preventivo y sancionador de la figura, especialmente en casos de ilícitos lucrativos que provoquen lesiones graves o muerte de los damnificados, en los cuales, sin dudas, los mismos daños compensatorios superaría con creces el importe máximo fijado por el art. 52 bis en materia de multa civil”. BRU, Jorge M., “Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor”, en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de derecho del consumidor*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 591. En similar sentido: HERNÁNDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, “La construcción judicial...”, cit., p. 361.

(110) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La incorporación...”, cit.

(111) Piedecasas considera que si se suman los topes de cada incumplimiento sufrido por cada consumidor ese límite casi desaparece. Este autor considera que lo más conveniente hubiese sido fijar una sola multa global, aunque sin un techo cuantitativo. PIEDECASAS, Miguel A., “La ley 26.361...”, cit., p. 122.

gente, estableciendo topes hoy elevados, pero que dan a cada consumidor lo suyo, y que ponen punto final a los eternos debates sobre la forma de distribuir. Y en esto debe elogiarse al legislador, puesto que, de manera precisa y con sobria y acotada pluma, ha logrado ordenar la forma de reparar el abuso. Así, en cada causa se aplicará el daño punitivo, cada consumidor peticionante obtendrá lo que le corresponde, y el empresario tendrá el tope tantas veces reclamado". Termina su elogio sobre la regulación del tope en la norma, expresando que "la solución legal es brillante y absolutamente acertada".

Si bien lo recién citado es bastante ingenioso, no hay que olvidar que la postura en la que se enrola este autor no es la única que se da entre los juristas. Así, teniendo en cuenta que un sector de la doctrina considera que la aplicación de daños punitivos puede violar la garantía del *non bis in idem*, podría ser cuestionable para algunos que la misma infracción, en caso de afectar a un número indeterminado de personas, sea pasible de la aplicación de numerosas multas por daño punitivo. Y es aquí donde se hace elocuente la falla de la Ley de Defensa del Consumidor, fijando un tope máximo, el cual no debería existir, sencillamente, porque esos cinco millones, combinados con una interpretación pretoriana que determine que se puede castigar una sola vez por la misma causa, se manifestarían más que insuficientes para cumplir su función preventiva y disuasiva.

En otras palabras, es sumamente endeble hacer depender la bondad o no de la solución que surge del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor de la adopción previa de una postura interpretativa como lo hace Álvarez Larrondo, puesto que bastará con que algún juez asuma otra posición para que la respuesta normativa marche rumbo al fracaso.

Para despejar toda duda y evitar malinterpretaciones, dejo en claro que comparto el razonamiento de este autor con respecto a la posibilidad de castigar con daños punitivos cada violación de la Ley de Defensa del Consumidor que se reclame en sede judicial. Simplemente advierto que esta tesis no es la única sobre el tema con las lógicas complicaciones que ello puede traer consigo.

Una última apreciación con respecto a la inconveniencia de fijar por ley topes expresados en una suma de dinero se relaciona con la "inflación". Es evidentemente errado fijar un monto fijo en dinero en vez de a un índice móvil (como, p. ej., el Salario Mínimo Vital y Móvil —SMVM—). El techo legal, a raíz del proceso inflacionario constante vivido en Argentina desde hace ya muchos años, ha quedado notoriamente desactualizado, tornándose, en dicho caso, más ilusoria aun la disuasión que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor pretende.

Relacionado con el tema de los topes está la cuestión acerca de la conveniencia de establecer una cierta proporción entre el monto de los daños compensatorios y la multa civil. La respuesta correcta es que no resulta conveniente fijar un límite de estas características, pues para morigerar el monto de las multas bastará con la prudencia del juez (en la cual se confía desde luego), que tendrá como uno de sus pilares el principio de razonabilidad. Además de ello, no es aconsejable fijar esta proporción porque ello es darle un carácter determinable a la condena que pagará eventualmente el demandado y, como consecuencia, se le permitirá realizar el cálculo costo-beneficio que se tiene que evitar por todos los medios.

La ley 26.993, al ocuparse de los casos que tramitan ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, parecería alejarse del criterio de respetar cierta proporcionalidad entre el monto de los daños compensatorios y la multa civil. En efecto, el magistrado puede aplicar los daños punitivos, sin encontrarse limitado por el valor equivalente a los 55 SMVM previsto en el art. 42 de dicha norma (112). Como consecuencia de ello, podría imponer una multa civil de cinco millones de pesos a un caso en donde la

(112) Art. 42, ley 26.993, "Competencia. Limitación por monto. La Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo será competente en las causas referidas a relaciones de consumo regidas por la ley 24.240, sus modificatorias y toda otra normativa que regule relaciones de consumo y no establezca una jurisdicción con competencia específica, en aquellas causas en las cuales el monto de la demanda, al tiempo de incoar la acción, no supere el valor equivalente a cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles".

condena resarcitoria no supere los referidos 55 SMVM.

Si la atención se centra en la solución del art. 64 de la LDC se puede observar que el destinatario de la multa civil es el damnificado y no el consumidor como prevé el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Esto es una obviedad pues la LDC protege no solo a consumidores, siendo su ámbito de tutela subjetiva mucho más amplio (113).

Hecha esa aclaración evidente pero necesaria, se puede decir que todos los inconvenientes referidos al tope existentes en materia de defensa del consumidor afortunadamente desaparecen al poner la atención en defensa de la competencia pues el legislador ha receptado la idea que mejor se condice con la finalidad disuasiva del instituto: evitar la utilización de ellos.

Alguna duda podría aparecer si es que, en el afán de integrar la norma alguien intenta argumentar que ese tope sí existe, mediante la remisión al art. 55.b (114) de la ley 27.442, en cuanto

(113) En sentido coincidente: MOLINA SANDOVAL, Carlos. A., "Daños punitivos...", cit.

(114) Art. 55, ley 27.442: "Las personas humanas o jurídicas que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones:... b) Aquellos que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el art. 8º del Capítulo III, serán sancionados con una multa de (i) hasta el treinta por ciento (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, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (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 (ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según los dos criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), se aplicará la multa de mayor valor. En caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones (200.000.000) de unidades móviles. A los fines del punto (i) la fracción mayor a seis (6) meses de duración de la conducta se considerará como un (1) año completo a los efectos del multiplicador de la multa. Los montos de las multas se duplicarán, para aquellos infractores que durante los últimos diez (10) años hubieran sido condenados previamente por infracciones anticompetitivas...".

establece topes para las multas sancionatorias en general.

Este razonamiento debe descartarse pues las disposiciones contenidas en los arts. 55 a 59 se refieren pura y exclusivamente a las sanciones a aplicar por la autoridad de contralor en la materia (incluyendo obviamente las multas de dicho carácter) pero ello no es extensible a la regulación de la multa civil prevista en el art. 64 de la LDC, que es una típica figura del derecho de daños con una fisonomía propia que filosófica y conceptualmente nada tienen que ver con lo que prevén esos preceptos mencionados. A mayor abundamiento, cabe hacer notar que, si la intención del legislador hubiese sido establecer un tope para la multa civil (sea directamente o acudiendo a una remisión al art. 55.b de la LDC) así lo hubiese dispuesto como lo hizo, verbigracia, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor que fijó el límite máximo recurriendo en su propio texto a un reenvío al monto de las multas administrativas previstas en el art. 47.b de dicha ley.

En el hipotético caso de que se considere que el tope general de las multas previsto en el art. 55.b de la LDC se aplica también a la multa civil del art. 64 de dicha ley, se continuaría estando ante un escenario mucho más favorable para el peticionante de los daños punitivos que el previsto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor a poco que se advierta que no hay punto de comparación entre los topes que podrían arrojar la aplicación de ambos límites máximos previstos en las dos leyes, a lo que incluso debe adicionarse que la LDC dispone la movilidad y actualización periódica de dicha sumas, a diferencia del puro criterio nominalista de la Ley de Defensa del Consumidor.

II.13. ¿Puede la condena por daños punitivos consistir en algo diferente al dinero?

Si bien la teoría general de los daños punitivos asocia la condena con ordenar pagar una suma de dinero determinada, no debe descartarse la posibilidad de que la sanción obligue entregar algo distinto al dinero (cierta mercadería, p. ej.) o realizar una determinada conducta. Es que no debe perderse de vista que el dinero es solo un bien económico más, obviamente muy relevante pero no el único. Puede suceder

que, en ciertas oportunidades, atendiendo a las circunstancias del caso, su “papel estelar” ceda a favor de una condena de contenido diferente. En efecto, se puede tornar más aconsejable y efectivo imponer al condenado que el famoso “plus” sea, en vez de dinero, la entrega de ciertos bienes (cuestión interesante cuando la demanda se dirige, por ejemplo, contra una empresa que comercializa ciertos productos que escasean) o, incluso, la realización de determinadas “acciones extras”, que no deberían descartarse en determinados casos, como ser los daños ambientales derivados de relaciones de consumo o causados por conductas anticompetitivas, en los cuales se podría condenar punitivamente a aquellas compañías que ocasionen daños de esas características a recomponer el ambiente no solo en la zona que afectaron sino en otras adicionales a título de pena civil. Aun en estos últimos casos, se podrá seguir hablando sin problemas de daños punitivos (115), más allá de que son evidentes las semejanzas con la llamada “tutela preventiva” que está expresamente prevista en el Cód. Civ. y Com.

Sin perjuicio de lo dicho, de acuerdo con los términos utilizados por los arts. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 64 de la LDC, todo indicaría que la condena por daños punitivos solo puede referirse a una suma de dinero. Sin embargo, si se efectúa una interpretación amplia del precepto se podría llegar a concluir que la sanción podría consistir en la entrega de bienes o la prestación de un servicio, siempre y cuando su equivalente en dinero no exceda el tope de cinco millones de pesos para el caso de violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor, no existiendo ese límite cuando se trate de una vulneración de las normas de defensa de la competencia.

Molina Sandoval (116) expresa su acuerdo con esta posición, aunque advierte que ello puede traer inconvenientes operativos, ya que si el condenado se niega a realizar la prestación o entregar los bienes de acuerdo con los términos que le impone la sentencia, se agrega un nuevo obstáculo para la aplicación de la san-

ción. Sin embargo, afirma que no habría que desechar la posibilidad de que la condena tenga un contenido distinto al dinero, puesto que, en algunos casos, como los daños que se producen al medio ambiente, mediante la prestación de ciertos servicios por parte de quien produjo los perjuicios (derivados de sus conocimientos técnicos), se puede lograr un beneficio que quizás no pueda obtenerse de otra manera.

II.14. ¿Responsabilidad solidaria por daños punitivos?

El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor establece la responsabilidad solidaria (debió decir “concurrente”) de todos los sujetos miembros de la cadena de producción o comercialización de un bien o servicio.

En la práctica, esta parte del precepto no es tomado en cuenta por los jueces ni por la doctrina, pues se sostiene que ese deber de responder patrimonialmente solo puede recaer sobre aquel sujeto de la cadena que haya actuado con un determinado ánimo subjetivo reprochable.

El art. 64 de la LDC no dice nada al respecto, pero el art. 65, en su primera parte (117), prevé algo similar a lo señalado por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Teniendo esto presente, lo afirmado en el párrafo precedente es aplicable plenamente a dicha disposición.

II.15. La extensión de responsabilidad por daños punitivos

Un tema particularmente interesante es la posibilidad de extender la multa civil a socios o, incluso, a personas humanas que hayan hecho posible los accionares ilícitos.

En el año 1994, Hugo Richard expresaba que cuando existen actividades aparentemente lícitas llevadas adelante bajo formas societarias por las cuales un proveedor, por motivos económicos, contamina a sabiendas o coloca un producto en el mercado teniendo conocimiento de que producen daños, sería correcto aplicar

(115) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños...*, cit., ps. 35, 74, 233 y ss.

(116) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Derecho...*, cit., p. 78.

(117) Art. 65, primera parte, ley 27.442: “Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan...”.

sanciones como ser la disolución de oficio de la sociedad o la responsabilidad solidaria de los socios por las obligaciones sociales, cuando no puedan acreditar su buena fe (118).

Respecto de este punto, es obligatorio señalar que, precisamente, uno de los “nuevos” aspectos de los daños punitivos que se han comenzado a estudiar en la Argentina es la extensión de la sanción a socios en general (a través del mecanismo previsto en el art. 54 de la ley 19.550), y a directores o administradores de las personas jurídicas que actúan como proveedores (arts. 59 y 274, ley 19.550) (119). También a otras personas humanas que puedan ser consideradas responsables (p. ej., determinados empleados). La doctrina ha puesto como ejemplo el caso del órgano administrador de una sociedad que es castigado, en los términos del art. 274 de la ley 19.550, cuando dicha sociedad ha mantenido vigentes en una jurisdicción cláusulas que han sido objetadas en otra (120).

(118) RICHARD, Efraín H., “Alteración de los derechos del consumidor en forma habitual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 5 (Consumidores), 1994, p. 316.

(119) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “La extensión de la responsabilidad por daños punitivos y la Ley de Sociedades”, ponencia presentada en la Comisión 5, “Principio de prevención. Daños punitivos” en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (en homenaje al Prof. Dr. Roberto M. López Cabana), 23 al 25 de septiembre de 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dicha ponencia originó la conclusión emitida por unanimidad en dicha Comisión que rezaba lo siguiente: “Se destaca que es de aplicación al derecho del consumo por el art. 3º de la ley 24.240, el art. 54 de la ley 19.550 en cuanto dispone la posibilidad de obtener el corrimiento del velo societario, debiendo imperar el ‘*in dubio pro consumidor*’”.

Sobre el tema se puede consultar también: FERRER, Germán L., “La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos”, LL 2011-F-737; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - PIZARRO, Ramón D., “Los daños punitivos en el derecho argentino”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa* (DCCyE), nro. 1, La Ley, septiembre 2010, p. 65 y MORO, Emilio F., “Daños punitivos y responsabilidad personal de administradores societarios. ¿Pueden los consumidores accionar directamente contra los administradores de sociedades mercantiles?”, RDCO 262-351, 1/9/2013.

(120) JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María Constanza - HEREDIA QUERRRO, Juan Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor*.

Si bien tal extensión es posible, debe ser utilizada con cierta prudencia, ya que se trata de una sanción.

Además de ello y siendo que uno de los parámetros de valuación de los daños punitivos es el patrimonio del sancionado, sería cuestionable, por ejemplo, aplicar idéntico monto de condena al principal sancionado (supóngase una sociedad anónima) que a una persona humana que participe en sus decisiones y que tenga un patrimonio ostensiblemente menor. Esto porque, proporcionalmente, la segunda sufriría un castigo superior a la primera.

Al solo título informativo, el art. 144 del Cód. Civ. y Com. se ocupa de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en general, con un ámbito de aplicación más amplio que el de la ley 19.550. Expresa lo siguiente:

“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

”Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

”El art. 160, por su parte, dispone que “los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”.

El poco estudio que tiene todavía en el país el tema de la extensión de la responsabilidad por daños punitivos a socios, administradores y

Comentada, anotada y concordada, Errepar, Buenos Aires, 2013, p. 346.

personas humanas en general aconseja no ser apresurado para emitir detalladas y contundentes conclusiones, más allá de que ya existe un precedente jurisprudencial que ha condenado por daños punitivos a un empleado de un proveedor. En el caso, se trataba del director técnico de un laboratorio que comercializaba un medicamento sin informar de modo adecuado sus efectos adversos para la salud (121).

Poniendo la mirada en el derecho comparado se observa que el tema de la extensión de la responsabilidad por daños al consumidor ha sido abordado expresamente para la condena resarcitoria, pero no para los daños punitivos (que no existen en los dos casos que se citarán).

Así, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil consagra, en su art. 28, la posibilidad de correr el velo societario en distintos supuestos, entre ellos, violación de la ley, abuso de derecho, exceso de poder o violaciones al contrato social.

Por su parte, la norma consumeril peruana expresa que, de manera excepcional, y tomando en cuenta la gravedad y naturaleza de la infracción a la ley 29.571, “las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa” (122).

(121) El tribunal expresó allí que “el daño punitivo reclamado a un laboratorio y su director técnico por una persona que ingirió un medicamento que le causó efectos adversos, debe ser admitido, pues aquellos comercializaron un producto que no alertaba contraindicaciones e hicieron caso omiso al intercambio epistolar, lo que pudo, incluso, causar un hipotético daño grave a la salud pública”. CNCiv., sala G, 25/9/2012, “L., N. R. c. Laboratorios Phoenix SAICF y otros s/daños y perjuicios”, LL 2012-F-177. González Zavala al comentar el fallo manifiesta que no correspondía incluir al director médico del laboratorio en el castigo, pues no se trata de un proveedor en los términos del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor, aunque advierte que la única excepción al respecto pareciera encontrarse en la parte final del art. 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor. GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Daño punitivo a un laboratorio y a su director: por no advertir el riesgo de un medicamento”, RCyS 2012-XI-55.

(122) Art. 111, ley 29.571 de Perú (Código de Protección y Defensa del Consumidor).

En materia antitrust, la ley 27.442 tiene un precepto específico (el art. 58 (123)) que permitiría esa extensión de responsabilidad que entiendo apta para incluir la condena por daños punitivos con todos los recaudos que se han mencionado anteriormente (124). Se trata de un precepto útil pues ayuda a cubrir o complementar falencias que puedan surgir de interpretaciones más bien restrictivas de los arts. 54, 59 y 274 de la ley 19.550 o de los arts. 144 y 160 del Cód. Civ. y Com.

II.16. Momento para pedir la aplicación de la sanción

De acuerdo con cómo está estructurado nuestro sistema de normas, no cabe ninguna duda de que la multa civil debe ser solicitada en el escrito de demanda. Sin embargo, esto deberá ceder en casos excepcionales ya que, como bien apunta Colombres (125), muchas veces no resultará posible, en virtud de que a veces recién se tendrá conocimiento del accionar malicioso del demandado cuando promedie la etapa probatoria. Federico Álvarez Larrondo (126), en

(123) Art. 58, ley 27.442: “Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona jurídica, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona jurídica que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

“En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona jurídica y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

“La solidaridad de la responsabilidad podrá alcanzar a las personas controlantes cuando por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”.

(124) Se ha advertido que la extensión de responsabilidad que prevé este precepto se refiere solo a la sanción de multa que surge del art. 55 de la LDC, pero no a la “multa civil” que está prevista en otro capítulo de la ley 27.442. MOLINA SANDOVAL, Carlos. A., “Daños punitivos...”, cit.

(125) COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos...”, cit.

(126) Este autor da el siguiente ejemplo: “Imaginemos el caso de quien inicia una causa por lesiones producto de la ingesta de un alimento, y de las results de la pericia practicada en la misma se descubre que la empresa demandada utilizaba un componente cancerígeno

sentido similar, afirma que los daños punitivos se podrán pedir en cualquier momento del juicio, siempre y cuando exista un hecho nuevo que invocar.

El segundo autor mencionado expresa, asimismo, que “atento a la incertidumbre que genera la falta de precisiones de la norma, a fin de aventar cualquier riesgo, la regla será solicitar este daño desde el inicio, a fin de dejar habilitada la vía para que el juez, en caso de considerarlo, aplique la sanción”. Luego aclara que no será necesario cuantificar el rubro reclamado atento a que la última parte del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cód. Proc. Civ. y Com.) expresa que el actor se podrá eximir de precisar el monto de su reclamo cuando no le fuese posible establecerlo al momento de promoverla y sea necesario accionar para evitar la prescripción.

Fuera de lo dicho recién, comparto la aguda reflexión de estos autores. Agrego solamente que de anexarse el reclamo de daños punitivos una vez comenzado el juicio, el magistrado actuante deberá dejar debidamente cubierto el derecho de defensa del demandado. Este es otro de los tantos puntos que merecen una regulación más detallada en el futuro.

Asimismo, cuando esté en juego la violación de la LDC y el grado de reproche subjetivo que tenga una conducta, ello muchas veces ya habrá sido determinado previamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, conforme el art. 63 (127) de dicha ley. En estos casos pareciera que lo más razonable será incluir el pedido de

prohibido, mucho más barato que los insumos legales. Tal situación no podría quedar exceptuada de la aplicación de esta sanción punitiva por el solo hecho de no haber sido reclamado el daño en instancia originaria”. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La incorporación...”, cit.

(127) Art. 63, ley 27.442: “La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro Segundo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución

multa civil a partir de la interposición misma de la demanda de daños (128).

II.17. Aplicación de varias multas civiles por el mismo hecho

En cuanto a la posibilidad de aplicar varias multas civiles por el mismo hecho, el tema no ha sido regulado de un modo preciso por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor ni por el art. 64 de la LDC, por lo que, pareciera que, en principio, se encuentra habilitada. Esto con base en que un mismo hecho puede producir múltiples violaciones de derechos, no viéndose inconveniente legal alguno en que cada uno de quienes ven menoscabados sus intereses pueda accionar contra el autor de la conducta ilícita.

Si bien participo de la tesis que propugna que la multa puede ser solicitada por cada afectado que sufre una violación de sus derechos, sería aconsejable también que exista un registro de condenas por daños punitivos, de manera que el juez pueda tener mejores armas para resolver el conflicto, teniendo en cuenta también la situación del demandado. Además, resulta importante recordar que quizás la vía idónea para entablar reclamos masivos de daños (en los que se incluya la petición de una multa civil) sea, como lo apunta Pizarro (129), la acción de clase.

del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

(128) De la arquitectura de la ley 27.442 (especialmente su art. 63) pareciera desprenderse a primera vista que solo el Tribunal de Defensa de la Competencia puede determinar cuándo existe obrar antijurídico antitrust (que habilite el posterior reclamo resarcitorio) y cuándo no, dificultándose que cualquier juez del país con competencia en materia de daños pueda apreciar la conducta en sí y condenar a reparar el perjuicio. Ese razonamiento que otorgaría “exclusividad” en la determinación de conductas anticompetitivas debe ser dejado de lado, aunque sea de modo parcial, en distintos supuestos en los cuales el juez competente estará incluso en mejores condiciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia para evaluar si la conducta dañosa violó las disposiciones de la ley 27.442. En sentido coincidente: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daños punitivos...”, cit. Este tema seguramente traerá un gran número de controversias a futuro y merece un tratamiento doctrinario separado que excede el objeto de este trabajo.

(129) PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) - PARELLADA, Carlos (coord.), *Derecho de daños*, cit., p. 318.

Mi posición no es compartida por todos los autores. Por ejemplo, Atilio Alterini (130) ha dicho que “debería poder multarse una sola vez por la misma causa generadora, mediante una multa global, pero —con pureza conceptual— sin techo cuantitativo, y defiriendo al juez la libre determinación del monto”.

II.18. No limitación de la figura a supuestos de “ilícitos lucrativos”

Los daños punitivos no deben limitarse a los supuestos de “ilícitos lucrativos” o “culpa lucrativa”.

A título previo, se desarrollará el concepto que se ha denominado “culpa lucrativa” en la doctrina francesa.

Para explicarlo con términos sencillísimos, es aquella conducta mediante la cual una persona, dolosamente o mediante culpa grave, comete un ilícito que “le conviene” económicamente; es decir, ejecuta una acción sabiendo que, aun pagando los resarcimientos por los perjuicios que le hubiese causando a terceros con la misma, le queda una suerte de “saldo a su favor”, una especie de beneficio “extra”.

En la mayoría de esos casos el sujeto, luego de hacer un cálculo costo-beneficio, decide actuar ilícitamente, en la inteligencia de que dicho proceder lo beneficia, pues las consecuencias legales que en su contra prevé el ordenamiento jurídico son insuficientes para amedrentarlo.

Sería el caso, por ejemplo, de una empresa que con su actividad daña intensamente el medio ambiente, en gran medida, a causa de no cumplir con las normas que lo protegen.

Vistas las cosas desde un estricto punto de vista económico, a la compañía en cuestión se le torna “más barato” afrontar las eventuales multas o sanciones e indemnizaciones por daños, que realizar la inversión correspondiente para cumplir con la premisa de “producir limpiamente”. Cuando la empresa decida actuar siguiendo esta lógica se estará ante un supuesto de “culpa lucrativa”.

Supuestos de culpa lucrativa en la jurisprudencia norteamericana son muchos. Se traerá a colación un fallo emblemático al respecto ya mencionado anteriormente.

Se trata de “Grimshaw v. Ford Company Co.”, de 1981 (131), el cual ha tenido una difusión mediática espectacular y es conocido popularmente como el caso del “Ford Pinto”. En este juicio se demandó (solicitándose daños punitivos) a la empresa automotriz como consecuencia de la explosión de un vehículo derivada de un defecto de fabricación. Se dio aquí un supuesto de culpa lucrativa, ya que se comprobó que la compañía estaba al tanto de las fallas en cuestión, y, luego de hacer el cálculo costo-beneficio respectivo, decidió mantener el producto en el mercado sin corregir sus vicios, en la inteligencia de que se le tornaría “más barato” pagar unas cuantas indemnizaciones a eventuales víctimas que reparar el error en cada una de las unidades fabricadas. El monto gigantesco de la condena por daños punitivos intentó tener en cuenta las ganancias que el accionar ilícito le reportaría a la empresa.

Una pequeña aclaración la aporta López Herrera (132), quien sostiene que la culpa lucrativa debe ser tomada con ciertos recaudos, sobre todo en aquello relacionado con el cómputo costo-beneficio. Expresa que cualquier fabricante serio y responsable sabe que, entre los cálculos de rentabilidad, debe tener en cuenta la eventual dañosidad del producto, porque nadie puede creer, a menos que exista mucha ingenuidad, que se pueda lanzar al mercado un producto ciento por ciento seguro. Por ello, agrega que no debe confundirse este cálculo racional de los posibles daños a pagar con la actitud maliciosa o dolosa de colocar a disposición del público productos defectuosos sabiendo que, estadísticamente, pocos lo demandarán o lograrán acreditar la malicia en cuestión. Termina diciendo que esta última es la conducta que hay que castigar con daños punitivos.

Citando a Juan Díaz, José Elías y Augusto Guevara (h) (133) se advierte que la teoría de

(131) 119 Cal. Aps. 3d 757.

(132) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 376.

(133) DÍAZ, Juan C. - ELÍAS, José S. - GUEVARA, Augusto M. (h), “¿Los ‘daños punitivos’ aterrizan en el derecho

(130) ALTERINI, Atilio A., “Las reformas...”, cit.

la culpa lucrativa evidencia también sus fallas, pues “aun cuando la privación del beneficio económico desmantela los efectos del ilícito en la gran mayoría de los casos, no termina de proporcionar una contropinta adecuada. En efecto, puede ocurrir que el dañador, al no ser privado de nada que poseyera anteriormente en su patrimonio jurídico, decida correr los riesgos de intentarlo nuevamente. No desalienta a potenciales dañadores, quienes al representarse los riesgos de su accionar solamente consideran la hipotética privación del lucro obtenido —o, en su defecto, la indemnización del daño—, pudiendo concluir en la conveniencia de ‘jugársela y hacerlo’”.

Luego de este pantallazo general, debe razonarse que, si bien los supuestos de culpa lucrativa serán los casos más numerosos de aplicación de daños punitivos, es inconcebible reducir el instituto solo para estos casos. Existen diversas conductas que merecen una pena civil, aunque no presenten los caracteres del concepto explicado en párrafos precedentes.

Así, por ejemplo (y saliendo por un momento del ámbito de las relaciones de consumo y de la afectación de la normativa de defensa de la competencia), son muy habituales aquellos accionares que responden a una lógica similar a la que existe en la culpa lucrativa, pero con la importante diferencia de que no se persigue un fin económico sino uno de otra índole. Esto se observa cuando un candidato electoral monta una campaña de desprestigio hacia su contrincante con el objetivo de ganar una elección. En este caso, el hecho de que no se busque un lucro, no quiere decir que esta despreciable acción no merezca la imposición de daños punitivos. Otro caso similar y de indudable actualidad en la Argentina, se da en el caso de los “personajes mediáticos” que inventan un escándalo ensuciando el honor (o invadiendo la intimidad) de ciertas figuras públicas con el fin de adquirir sus ansiados “quince minutos de fama”. En este caso, si bien se busca también dinero, indudablemente, el objetivo principal es ganar notoriedad pública aunque sea por algunos meses.

argentino? Aportes para un debate más amplio”, JA 2003-II-961.

No responden a la mecánica de la culpa lucrativa las prácticas discriminatorias, ciertos accidentes de tránsito o supuestos de mala praxis de profesionales, que, indudablemente, tendrían que ser castigados mediante multas civiles.

En conclusión, más que poner el foco en el cálculo costo-beneficio que pueda efectuar el sujeto dañador, hay que apuntar a la reprochabilidad de la conducta, aunque debe reconocerse que la idea de culpa lucrativa representa una herramienta de inestimable valor para poder discernir la aplicación de daños punitivos en una grandísima cantidad de casos en los cuales esté implicada la protección de la competencia y de los consumidores. Pero este gran árbol no debe tapan el bosque y la riqueza de situaciones que el mundo real nos puede entregar.

II.19. El debate sobre la asegurable de los daños punitivos

Para que el daño punitivo pueda cumplir acabadamente sus funciones, es imprescindible prohibir la asegurable al respecto (134). De lo contrario, al poder el empresario pagar una póliza que lo cubra, se le otorgaría la posibilidad de que pueda realizar un prolijo cálculo de costos y beneficios, pues le basta con agregar a sus gastos el monto de la prima del seguro, por lo que, una vez abonada esta, podrá efectuar, sin ninguna clase de problemas, las conductas antisociales que se desean desterrar del seno de la comunidad (135).

(134) La Comisión 9 (Derecho Interdisciplinario: Derechos del Consumidor: Incidencias de las reformas introducidas por la ley 26.361) de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en 2009 emitió un despacho por mayoría en el cual se consideraba que el daño punitivo no era asegurable.

(135) En similar postura: TALE, Camilo, “¿Son asegurables las condenas a pagar las ‘multas civiles’ de la Ley de Defensa del Consumidor?”, LL 2010-F-946. Matías Irigoyen Testa ha afirmado que “con la cobertura de este tipo de penas privadas, automáticamente, se aniquilaría la función (de disuasión y sanción) de esta figura en estudio y, al menos a medio y largo plazo, no se conseguiría la función social del seguro”. IRIGOYEN TESTA, Matías, “¿Por qué los daños punitivos no son asegurables?”, RCyS 2011-XI-26.

Con distinto criterio, señaló Lorenzetti (136) que ante el silencio de la Ley de Defensa del Consumidor cabía la asegurabilidad, más allá de que ello conspira contra la finalidad preventiva y sancionatoria de la figura.

Como manifiestan Díaz, Elías y Guevara (h) (137), el seguro anula los objetivos de los daños punitivos y evitan que el dañador “salga herido” como consecuencia de su conducta antisocial. De reconocerse la posibilidad de asegurar, desaparecerían las finalidades de los daños punitivos, cuando no estos mismos, de los cuales solo quedaría una “copia barata” en la realidad.

En sentido concordante se pronuncia Miguel Leiva (138), para quien el seguro en esta materia debe estar prohibido expresamente, pues, de lo contrario, la finalidad preventiva se diluiría, ya que si el agente dañador sabe que la condena será soportada por la aseguradora, actuará sin mayores precauciones para evitar producir perjuicios. Agrega que tampoco funcionarían las franquicias, atento a que la realidad ha demostrado que están muy lejos de ser un instrumento de presión para que los asegurados extremen los recaudos a su cargo.

Martinotti (139) señala que no solo se imposibilita la función disuasiva, sino que también se encarecería el precio de los productos, a raíz del seguro que se pagaría por ellos.

Concordando con las opiniones anteriores existe un fallo ya clásico de 1962 (140), al cual López Herrera lo considera como aquel que marcó el camino en lo que hace a la inasegurabilidad de los daños punitivos. Allí se consagró la regla que establece que, dadas las funciones

disuasiva y de castigo de los daños punitivos, resulta imperativo que la condena sea soportada por aquel sujeto que causó los perjuicios. De lo contrario, de poder trasladarse esta carga a las aseguradoras, el instituto no tendría ningún propósito útil (141).

En realidad, se está frente al viejo problema de la asegurabilidad del dolo, como lo expresa López Herrera (142). Este mismo autor (143), cita a Suzanne Carval, quien expresa que no serviría “afinar la virtud disuasoria de la sanción civil proporcional a la gravedad de la culpa, si, en definitiva, ella fuera pagada por un tercero distinto al culpable”. Sin embargo, agrega, que otras voces (como Geneviève Viney) se manifiestan a favor de la asegurabilidad para los supuestos de culpa grave pues, de lo contrario, se perjudicaría a las víctimas.

La asegurabilidad de los daños punitivos, amén de que conspiraría decididamente contra las más elementales finalidades del instituto, está claramente prohibida por la Ley de Seguros argentina. En dicho sentido, esta norma, al tratar sobre el seguro de responsabilidad civil (supuesto bajo el cual caería la situación planteada), excluye expresamente la posibilidad de cubrir aquellas situaciones en las cuales el asegurado haya actuado con dolo o culpa grave

(141) Más allá del fallo reseñado, explica López Herrera que en la jurisprudencia norteamericana existe unanimidad en no permitir la cobertura de los daños intencionales por ser contrarios al orden público. Sin embargo, existen dudas en casos de dolo indirecto o eventual. Escribe que allí la discusión se da en dos aspectos: “¿están previstos o excluidos de la cobertura, según los términos de la póliza, los daños punitivos? ¿Si se concluye que los daños punitivos no están excluidos, es eso violatorio del orden público?”. Responde que la jurisprudencia predominante interpreta que la cobertura de los daños punitivos no es violatoria del orden público. Agrega que la proporción de los Estados de aquel país en donde se autoriza este tipo de seguros es de aproximadamente dos tercios, estando prohibido en el tercio restante, “con la salvedad de que los Estados que autorizan el contrato asegurativo no lo hacen en los casos de dolo directo”. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 129.

(142) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 120.

(143) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 128.

(136) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 564.

(137) DÍAZ, Juan C. - ELÍAS, José S. - GUEVARA, Augusto M. (h), “¿Los ‘daños punitivos’...?”, cit.

(138) LEIVA, Miguel J., “Los daños punitivos. Estado actual del tema en nuestro derecho y sus posibles perspectivas”, LLOnline.

(139) MARTINOTTI, Diego F., “Los daños punitivos...”, cit.

(140) Caso “Northwestern National Casualty Co. c. McNulty”, 30 F.2d4322 (5th Cir., 1962), citado por LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños...*, cit., p. 130.

(art. 114, ley 17.418(144) —Ley de Seguros, publicada en el BO del 6/9/1967—).

Como se ve, es prácticamente un principio general del derecho de los seguros no cubrir los hechos que hayan sido originados dolosamente o por culpa grave, siendo, precisamente, estos los supuestos que habilitan la condena por daños punitivos.

Sin embargo, existen quienes contemplan la posibilidad de permitir el seguro en ciertas circunstancias.

Para Sobrino(145), hay varios argumentos a favor de la asegurabilidad de los daños punitivos.

En primer lugar, considera que, si la póliza incluye una cobertura de este tipo, no hay motivos para oponerse, pues no se perjudicaría a ningún tercero.

También manifiesta que, si se permite el seguro, la sanción se “atomiza” entre muchas partes (aseguradora, coaseguradora y reaseguradora), lo que evita que la empresa condenada por daños punitivos soporte, en forma individual, una carga excesiva que bien lo puede llevar a la quiebra, situación que no implica ningún beneficio para la comunidad en general.

Por último, propone un sistema “equilibrado” o “mixto”, es decir, fijar una especie de “descubierto obligatorio”, por el cual la aseguradora no cubriría más del cincuenta por ciento de la multa civil. Prosigue diciendo que, si bien el sujeto causante del daño podría pensar que tiene la posibilidad de actuar de modo irresponsable pues cuenta con un seguro a su favor, no hay que perder de vista que, aparte de que necesariamente deberá cubrir el cincuenta por ciento restante (del cual la compañía de seguros no se hace cargo), tendrá seguramente problemas al momento de renovar la póliza, pues la prima habrá de incrementar su valor considerablemente, a raíz del siniestro en cuestión.

(144) Art. 114, ley 17.418. “El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”.

(145) SOBRINO, Augusto R., “Los daños punitivos...”, cit.

López Herrera(146) considera que se debe admitir el seguro en los casos en que la responsabilidad no es propia sino por el hecho de otro (más precisamente empleados), previendo, asimismo, una acción de regreso de la compañía aseguradora contra el dependiente, y además contra el principal, cuando este haya actuado con culpa grave o dolo eventual. Los motivos son facilitar la indemnización de la víctima y evitar que el empleador se valga de empleados insolventes para huir de su responsabilidad. En estas situaciones sostiene que la inasegurabilidad sería la solución correcta solo cuando haya existido dolo directo.

Luis Sprovieri y Gastón Dell’Oca (147) han dicho que, si bien es correcto que no se permita la asegurabilidad, ello solo tiene relevancia teórica en casos en los cuales los daños son producidos por empresas transnacionales que están cubiertas por seguros globales, ya que la multa se terminará trasladando al asegurador más allá de lo que pueda decir la norma argentina.

La ley 27.442 no hace ninguna referencia puntual a la cuestión referida a la asegurabilidad de la multa civil, por lo que es plenamente aplicable aquí lo dicho en los párrafos precedentes. Aunque, como agregado se podría señalar que, aun si se admitiera la posibilidad en materia de defensa de la competencia, sería extremadamente complejo dar nacimiento y asegurar el adecuado y eficaz funcionamiento de un seguro de cobertura al respecto pues la sanción no tiene tope en la LDC, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Defensa del Consumidor.

II.20. ¿Inconstitucionalidad de los daños punitivos?

Algunos autores han afirmado que la regulación de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor es lisa y llanamente inconstitucional argumentando, básicamente, que se trata de una sanción penal extraña, por lo tanto, a nuestro sistema de responsabilidad. A ello agregan que la finalidad preventiva se podría cumplir mejor a través de la tutela inhibitoria

(146) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños...*, cit., p. 134.

(147) SPROVIERI, Luis E - DELL’OCA, Gastón, *Daños por productos...*, cit., p. 593.

sin poner en crisis dicho sistema de responsabilidad. Por lo demás, también se señala que la gran mayoría de las conductas de proveedores por las cuales se podrían aplicar daños punitivos son encuadrables en distintas figuras que componen el Cód. Penal. Particularmente, y enfocando el tema en el art. 52 bis, se señaló que si se la interpreta de modo estricto “la norma es absurda”. Por esta razón, “la doctrina mayoritaria ha intentado ‘salvar’ el artículo en comentario, acudiendo a una ‘reinterpretación’ de la norma que implica, en la práctica, su completa reescritura” (148).

Rebatí con cierto detalle la postura de quienes expresan que dicho precepto es inconstitucional en un trabajo cuya lectura remito en honor a la brevedad (149).

Por lo demás, jurisprudencialmente, se ha dicho en un reciente caso que el art. 52 bis referido es constitucional porque, pese a la impropia formulación legal, el instituto del daño punitivo no se presenta como incompatible con la Constitución Nacional ni con el sistema represivo, sino que, por el contrario, resulta una herramienta complementaria y hasta superadora, en tanto alcanza el castigo y la prevención de conductas que generalmente escapan a la mano de la Justicia Penal (150). *A contrario sensu*, ningún tribunal del país resolvió declaró la inconstitucionalidad del precepto hasta el momento en más de diez años de vigencia de la figura.

Todo el análisis realizado sobre la base del art. 52 bis citado es plenamente trasladable a lo que pueda surgir del examen del art. 64 de la LDC, con la única salvedad que se efectuó en páginas anteriores en lo atinente a la aplicación supletoria de las leyes penales y procesales penales que plantea el art. 79 de la ley 27.442 y del que me ocupé allí.

(148) PICASSO, Sebastián, “Comentario al art. 52 bis LDC”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa...*, t. I, ps. 593 y ss.; BUERES, ALBERTO J., “Comentario al art. 52 bis LDC”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa...*, t. I, p. 641.

(149) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños...*, cit., p. 165.

(150) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala I, 11/6/2014, “A., L. A. c. Amx Argentina SA s/rescisión de contratos civiles/comerciales”, LL Online, AR/JUR/29911/2014.

II.21. ¿Se pueden pedir daños punitivos mediante acciones colectivas?

Pinese y Corbalán (151) se preguntan si solo el damnificado puede pedir el daño punitivo o si, por el contrario, también lo pueden hacer el resto de los legitimados activos que prevé el art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor. Si bien se pronuncian por la legitimación amplia, entienden que esta duda es una consecuencia de la deficiente técnica legislativa utilizada (152).

Teniendo presente que esos otros sujetos mencionados en el citado artículo generalmente entablarían sus reclamos a través de acciones colectivas (usualmente las asociaciones de consumidores), cabría la pregunta sobre si el daño punitivo es exigible por dicha vía.

Si bien no se pronuncia de modo claro, Lorenzetti (153) pareciera pronunciarse a favor de la respuesta afirmativa.

Asumiendo que se impone esa respuesta, la duda se daría respecto de quién sería el destinatario de la suma de dinero respectiva. Aquí las opciones serían dos: entregársela al sujeto que planteó el reclamo o bien repartirla entre los consumidores. Alguna doctrina se ha pronunciado por la última alternativa (154). Si bien la cuestión me genera dudas, manifiesto mi acuerdo al respecto con esto último.

(151) PINESE, Graciela G. - CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa...*, cit., p. 329.

(152) Se ha dicho que el peticionante no puede ser un “legitimado anómalo” (por ejemplo, una asociación de consumidores) sino solamente el consumidor afectado pues “la ley desea alentar a que cada consumidor se proteja a sí mismo y reclame judicialmente las veces que sea necesario, ya que nadie mejor que el propio interesado en defender sus derechos”. A ello se ha agregado que “el daño punitivo no ha sido regulado con miras a su otorgamiento en el marco de una acción colectiva, por lo cual no es claro cómo debería, por ejemplo, fijarse el monto de la condena. O cómo se debería repartir el monto de la eventual condena por daño punitivo entre todos los consumidores beneficiados por la sentencia”. DE ESTRADA, Mariano, “El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores”, ED 236-874.

(153) LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores...*, cit., p. 565.

(154) BRU, Jorge M., “Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor”, en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de derecho...*, cit., p. 593.

En materia de defensa de la competencia, la ley 27.442 no contiene normas específicas sobre los procesos colectivos por lo que lo dicho anteriormente conserva validez, sobre todo, en aquellas situaciones que en que las soluciones de las normas protectorias del consumidor y de la competencia se superpongan como muchas veces ocurre. La cuestión se tornará mucho más compleja en la práctica cuando se trate de vulneraciones que afecten exclusivamente a la LDC pues allí por ejemplo habrá afectados que no serán consumidores por lo que las asociaciones que nuclean a estos últimos no serán representantes de aquellos. Teniendo esto presente y la circunstancia de que prácticamente no existen hoy en día asociaciones que tengan como objeto exclusivo la defensa de la competencia, los procesos colectivos que se inicien al respecto (por otros actores legitimados activamente) serían más bien escasos por el momento.

II.22. La utilización de fórmulas aritméticas para cuantificar la multa civil

En un precedente de la ciudad de Bahía Blanca, se echó mano a una fórmula aritmética para cuantificar el monto de la multa civil. En dicho caso se encuentra la condena por daños punitivos más alta existente hasta el momento en Argentina: un millón de pesos. Allí se dijo que el uso de las fórmulas constituye “un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma indemnizatoria y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN), pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas” (155).

También en otro caso, resuelto en Necochea, se recurrió al uso de fórmulas. En él la con-

(155) CCiv. y Com. 1a Bahía Blanca, sala II, 28/8/2014, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico”, LL 2014-E-495. Este fallo cuenta con una anotación jurisprudencial en la cual el autor de la fórmula explica de manera muy detallada su funcionamiento y características. Ver al respecto: IRIGOYEN TESTA, Matías, “Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos”, LL del 8/10/2014, p. 6.

dena por daños punitivos ascendió a la suma de \$ 93.500 (156).

Estos fueron los dos primeros casos en los cuales se recurrió a fórmulas. En la actualidad ya existen varios precedentes más.

III. Panorama de la aplicación jurisprudencial de los daños punitivos en la Argentina

Desde abril de 2008 en adelante he venido desarrollando un trabajo de campo y seguimiento que he intentado que sea lo más detallado y completo posible respecto de las condenas por daños punitivos ocurridas en Argentina (157).

Advierto al lector que el último relevamiento efectuado tuvo como fecha de corte el día 30 de junio de 2016 (158). El monto global de condenas hasta ese momento arrojó la suma de \$ 4.436.233 (159) surgidas de 71 condenas. Cabe

(156) CCiv. y Com. Necochea, 1/6/2016, “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés SA s/daños y perjuicios”.

(157) Por supuesto que no descarto la existencia de más casos argentinos de daños punitivos que no hayan llegado a mi conocimiento (es más: seguramente faltan fallos en este registro). El foco del relevamiento se puso en sentencias de Cortes, Cámaras de Apelaciones y Juzgados de primera instancia (estos últimos en la medida en que se encuentren firmes).

Ante la ausencia de un registro oficial en el cual se vayan asentando las condenas por daños punitivos que se van emitiendo en todo el país (instrumento que sería de una utilidad evidente para todos los operadores jurídicos) asumí el desafío personal de llevar adelante un seguimiento, lo más completo posible de estas sentencias.

Al respecto, cabe recordar que la versión modificada por la Cámara de Diputados del art. 1587 del Proyecto de Cód. Civil de 1998 preveía que el Ministerio de Justicia de la Nación centralizaría en un registro especial la información sobre las multas civiles que impongan los distintos tribunales argentinos. Asimismo, se establecía la obligación para los magistrados de consultar dicho registro antes de resolver sobre su aplicación.

(158) Actualmente estoy trabajando para actualizarlo al mes de abril de 2018 para tener un balance lo más completo posible de los primeros diez años de aplicación jurisprudencial de los daños punitivos en Argentina.

(159) Por sus peculiares características, no contabilizamos aquí una llamativa sentencia que aplicó el art. 52 bis por vía analógica (sin invocar en el caso la violación de normas de defensa del consumidor), sancionando con una multa de cinco millones de pesos una conducta empresarial que causó daños ambientales. Otra particularidad de esta sentencia es que fijó como destinatario de

aclarar no obstante que entre mediados de 2016 y 2018 se han dictado una serie de sentencias por sumas relativamente elevadas que harían crecer de manera más o menos significativa esa suma total. En tal sentido, desde el año 2014 en adelante es posible observar una curva ascendente que se va acentuando paulatinamente en lo que a montos y cantidad de sentencias por daños punitivos e se refiere.

Dada la extensión de los análisis y exposiciones de datos allí incluidos remito al lector interesado a la obra en la cual fue incluida dicha investigación (160).

Allí se encuentran también otros aspectos que pueden ser de interés como, por ejemplo, rankings de rubros o industrias con mayores condenas, actividades que hasta ese momento no sufrieron sentencias en contra, jurisdicciones en las cuales más se aplicaron los daños punitivos, provincias en las cuales no se aplicó todavía la figura, casuística detallada de las distintas conductas por las cuales se aplicó la sanción en cada caso, entre otros.

También otros “datos de color” como, por ejemplo los siguientes: a) si la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre los daños punitivos en algún caso; b) qué provincias cuentan con fallos de Cortes; c) si el Estado ya fue condenado por daños punitivos; d) cuáles son los montos sancionatorios más altos existentes hasta el momento; e) si se obtuvieron condenas por daños punitivos mediante acciones colectivas; f) si existían empresas que, actuando como consumidoras, hayan obtenido condenas por daños punitivos a favor; g) si se intentó introducir el pedido de multa civil en segunda instancia con éxito; h) si se aplicó la multa a dos o más demandados en el mismo caso o si se ha exten-

la multa al Municipio de la ciudad de Chacabuco (provincia de Buenos Aires) para que la aplique a satisfacer las necesidades de insumos e instrumentos básicos de funcionamiento en salas de primeros auxilios barriales. Por último, se le dio la opción a la demandada de pagar la sanción económica en treinta y seis cuotas. CCiv. y Com. Junín, 19/11/2015, “Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/daños y perjuicios”, LL 2016-A-136.

(160) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, t. II, ps. 312 y ss.

dido la sanción de personas jurídicas a personas humanas; i) si existieron sentencias que hayan declarado la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en algún lugar del país; j) si hubo casos en los que se tuvo en cuenta el valor de los daños compensatorios para establecer una proporción entre ellos y el monto de la multa civil; k) si hubo situaciones en las que el Estado o un ente público obtuvo una condena por daños punitivos a su favor; l) si se aplicaron daños punitivos a demandados declarados en rebeldía; m) si se tuvo en cuenta la reincidencia en la conducta por parte del proveedor para castigar con daños punitivos; entre otros.

La conclusión a la cual se llegó en esa investigación es que la aplicación efectiva de los daños punitivos en Argentina en más de ocho años había sido más que escasa. A continuación de ello propuse una alternativa para mejorar esos índices sin que sea necesaria una reforma al texto legal. También remito a su lectura dado lo extenso de la explicación (161).

IV. Palabras finales

Para culminar este trabajo cabe solamente reconocer y felicitar la decisión del legislador de haberse animado a incluir por segunda vez en la historia argentina la figura de los daños punitivos.

El hecho de que ahora toque el turno del derecho de la competencia, siguiendo los pasos dados diez años antes por el derecho del consumidor acrecienta las esperanzas de que ambas materias comiencen a recorrer su camino de manera conjunta y complementaria de aquí en más como quienes se saben y reconocen como “familia”, ayudándose mutuamente para lograr que el funcionamiento del mercado haga realidad los derechos constitucionales previstos en el art. 42 de la CN.

Para lograr ello, será basal que la “joven” multa civil del derecho de la competencia tome muy en serio la experiencia vivida por los ya “viejos” daños punitivos del derecho del consumidor, aprendiendo de los aciertos y errores que la práctica le ha mostrado desde el año 2008 hasta hoy.

(161) CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto...*, cit., t. II, ps. 338 y ss.

Tutela colectiva de la libre competencia

JOSÉ H. SAHIÁN (*)

I. Introducción

La recientemente sancionada ley 27.442, lamentablemente, no se preocupó por regular, como tampoco lo hizo su antecesora ley 25.156, los medios de tutela colectiva de los intereses que componen el derecho de la libre competencia. La novel ley tan solo regla, de modo genérico, las acciones “de reparación de daños y perjuicios”, en los arts. 62 a 65. Tampoco media referencia alguna, sobre el tópico, en el dec. regl. 480/2018 (1).

Tal déficit conspira contra la eficiencia del sistema, en tanto que las acciones colectivas (2) constituyen una de las más trascendentes innovaciones procedimentales en materia de responsabilidad civil, más cuando se trata de la protección de la libre competencia (3), donde —dado que el “interés económico general” es el eje del sistema concurrencial ar-

gentino (4)— los perjuicios son generalmente padecidos por la sociedad en su conjunto (5), lo que exige soluciones procesales distintas de las tradicionales.

Es que el mandato constitucional y convencional de eficacia procesal impone el rediseño de las estructuras rituales clásicas (6), pensadas para dar respuesta a reclamaciones aisladas, y que se han tornado inútiles para hacer frente a los nuevos desafíos provenientes de la necesidad de satisfacer los más complejos derechos de tercera generación (7), especialmente cuando se encuentran en juego intereses que exigen especial atención (8), como

(4) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia”, RCyS 2018-VII-41.

(5) HARGAIN, Daniel, “Análisis de la legislación de Defensa de la Competencia”, en <http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/ANALISISDELALEGISLACION.pdf>.

(6) SAHIÁN, José H., “Tutela diferenciada de los consumidores”, *Revista de Derecho del Consumidor*, nro. 4, abril 2018, cita: IJ-DXXXIII-664.

(7) Con respecto a consumidores: FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, *Estudios sobre Consumo*, nro. 56, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2001, p. 20. Recomendamos especialmente: AZAR, María J., “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. IV, ps. 429 a 462.

(8) CAMPS, Carlos E., “Proceso colectivo de consumo y excepción de litispendencia administrativa”, RCCyC, 2017 (noviembre), 17/11/2017, ps. 3 y ss.

(*) Doctor en Derecho (U. Complutense de Madrid). Máster en Derecho Privado (U.N. Rosario). Especialista en Derecho de Daños (U.N. Litoral). Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (U.N. Tucumán). Relator (Civil) de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Co-Director de la Especialización en Derecho de Daños y Coordinador Académico del Doctorado en Derecho (U.N. Tucumán).

(1) BO del 24/5/2018.

(2) En este trabajo, utilizamos la expresión “acciones colectivas” en su acepción más genérica, comprensiva de las acciones por intereses trans individuales, colectivos y difusos, y también de las acciones de clase que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

(3) SOLA, Juan V., “La Constitución y las acciones de clase”, JA 2003-II-891.

los que confluyen para asegurar la libre y leal competencia.

II. Yuxtaposición de los intereses de los consumidores y del derecho de la competencia

La “constitucionalización” del derecho privado(9) ha progresado, tanto a través de vertientes sustanciales como procesales(10), encarnadas estas últimas en la “fundamentalidad” del “derecho a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” (11), de los arts. 42(12) y 43 de la CN. Como consecuencia de tal mandato constitucional, deben pergeñarse instrumentos que permitan de manera justa, poco costosa, sencilla, rápida y exenta de formalidades, el acceso a la justicia como derecho “llave” para la defensa de los derechos de los consumidores(13) y de los intereses que componen la defensa de la libre competencia; ambos en consonancia, habida cuenta que se complementan y mayormente se superponen.

(9) Puede verse: SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, especialmente ps. 199-202. Vid. STIGLITZ, Gabriel, “La constitucionalización del derecho del consumidor. La experiencia argentina”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado...*, cit., t. I. También: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo - OUTON, Fernanda - VILLANUEVA, Carlos, “La constitucionalización de la protección de los consumidores y usuarios”, en STIGLITZ, Gabriel (dir.), *Derecho del consumidor*, *Juris*, nro. 9, Rosario, 1998.

(10) PUCCINELLI, Oscar R., “Acción de amparo de los consumidores. Régimen vigente: sus bases constitucionales. Horizontes jurisprudenciales”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado...*, t. IV, p. 192.

(11) XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, realizado en Mar del Plata, los días 3 y 4 de noviembre de 2017. Comisión nro. 2 Medios alternativos y protección procesal del consumidor, conclusión 10.

(12) STIGLITZ, Gabriel, “Acceso de los consumidores a la justicia”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 9 y 10.

(13) KALAFATICH, Caren - BAROCELLI, Sergio S., “Gratuidad en los procesos de consumo”, LL del 27/6/2017, p. 10. También WAJNTRAUB, Javier H., “El tratamiento constitucional del consumidor”, en WAJNTRAUB, Javier H., *Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 74.

Existe consenso acerca del papel central que ocupan los consumidores(14) en la aplicación de normas de defensa de la competencia. Así lo ha señalado la Comisión Europea en su *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, en el que se afirma que las conductas de las empresas dominantes respecto de sus rivales solo están prohibidas cuando se acredite que perjudican a los consumidores(15). Sin perjuicio de ello, creemos en un derecho de la competencia más extenso. La actualidad nos marca un nuevo perfil de derecho de la competencia, que no consiste solo en alentar la competencia como factor de progreso, sino en regular la leal concurrencia en el mercado, para evitar que se torne demasiado pernicioso para los consumidores(16).

En posición extrema —que no compartimos— se ha concebido que la pura competencia de mercado, si se la deja funcionar, protege al consumidor mucho mejor que la alternativa ofrecida por los mecanismos gubernamentales que, de forma creciente, se han sobrepuesto al mercado(17). En nuestra opinión, la Defensa de la Competencia deviene insuficiente, por sí sola, para preservar a los consumidores(18),

(14) Utilizamos el término consumidores, comprensivo de los usuarios también.

(15) GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, “Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, nro. 38, 2008, p. 156.

(16) VÁZQUEZ, Adolfo R., “La protección jurisdiccional del consumidor: Planteos - Otros derechos novedosos - Dudas - Interrogantes”, JA 1997-III-917. Vid. GELLI, María A., “La transparencia del mercado, una exigencia constitucional”, LL del 30/10/2017.

(17) En ese sentido los economistas Hayeck, Milton y Friedman, citados en GÓMEZ DE PEDRO, María E., *El Estado del Bienestar. Presupuestos éticos y políticos*, tesis doctoral inédita, Facultad de Filosofía, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001, p. 388. Critica esa postura: ALPA, Guido, “El derecho de los consumidores y el Código de Consumo en la experiencia italiana”, trad. por Pablo A. Moreno Cruz, *Revista de Derecho Privado*, nro. 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 30.

(18) Así: PEÑAS MOYANO, Benjamín, “El derecho protector de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nro. 9, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 43. Ídem LUTZKY, Claudio, “El orden económico, las formas del mercado y la defensa de la competencia”,

pero indispensable (19), de ahí el solapamiento de intereses entre ellos.

El Tribunal Constitucional español ha revelado la dinámica que guía la correlación entre las normas de defensa de la competencia y de tutela de los consumidores, marcando que, si bien existe una diferencia general entre ambos sectores, ello no obsta a la posibilidad de que, en la regulación relativa a la ordenación del mercado, existan normas que se ocupen de cuestiones que pueden situarse en ambos campos (20). Puede anticiparse, entonces, la existencia de una recíproca y necesaria correspondencia entre el derecho del consumidor y el derecho de la competencia (21), a pesar del todavía lamentable estado embrionario de esta última fracción de la ciencia jurídica en nuestro país (22); a diferencia de lo que acontece en

otros sectores del derecho comparado, donde se ha dotado de una mayor eficacia al derecho antitrust (23).

Así, siguiendo las enseñanzas del jurista italiano Alpa (24), la evolución de la protección del mercado en Italia puede sintetizarse en cuatro estadios. El primero de “derecho corporativo”, donde los consumidores no eran vistos como un polo de intereses que merecían protección, sino como un medio para medir la ilicitud de los competidores en el mercado; esto se traduce en una exclusiva preocupación inmediata de garantizar la libre y leal competencia. La segunda fase se inicia con la sanción de la Constitución Republicana, con un marcado tinte liberal económico, lo que impidió que los consumidores sean considerados como un fin de tutela en sí mismo. La protección de estos recién se verifica de manera apropiada a partir de la tercera fase, de adhesión al régimen comunitario, y perdura en la cuarta etapa contemporánea de globalización de los mercados.

En nuestro continente, el art. 46(25) de la Constitución de *Costa Rica* reglamenta los intereses de los consumidores, de modo conjunto con la defensa de la libre competencia. Consistentemente con la técnica utilizada en el dispo-

Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, nro. 4, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, ps. 93-108.

(19) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-313/2013, 23/5/2013, referencia: expte. D-9345, asunto: demanda de inconstitucionalidad en contra del art. 1º (parcial) de la ley 1555 de 2012 “Por medio de la cual se permite a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones”, actor: Nisson Alfredo Vahos Pérez, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. También el Tribunal Constitucional de Perú ha expresado: “...la libre competencia... promueve(n) de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios” (Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del 10/8/2009, “Cementos Lima SA”, expte. 03116-2009-PA/TC, fj 13).

(20) TC 88/1986 del 1 de julio, fj 4, párrs. 6 y 7. La doctrina fue reiterada en sentencias del TC 228 y 264 de 1993. En esta última se reitera doctrina de la sentencia TC 225/1993 y se consolidó el criterio sentado en las sentencias 71/1982 y 88/1986. *Vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995, p. 701.

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia”, *Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 261. En igual sentido, puede verse de la misma autora: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado...*, t. I, ps. 437-511.

(22) JUSTO, Juan B., “El art. 42 de la Constitución Nacional y el régimen legal de defensa de la competencia. Caminos divergentes”, *Supl. Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. E, p. 971.

(23) *Vid.* BERENQUER FUSTER, Luis, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección al consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, nro. 39, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1996, p. 46.

(24) ALPA, Guido, “El derecho de los consumidores...”, *cit.*, ps. 10-11.

(25) “Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias” (Este último párrafo agregado con la reforma introducida por ley 7607 del 29/5/1996).

sitivo supremo, el legislador de Costa Rica, en la regulación *infra* constitucional, también optó por el dictado de una ley conjunta de Promoción de la Competencia y de Defensa Efectiva del Consumidor (ley 7472).

En el régimen de *Ecuador*, la tutela del consumidor se complementa con diversas normas tendientes a la defensa de la competencia (26).

La actual Constitución *mexicana* se caracteriza por ser sumamente “reglamentarista”. El art. 28 contiene una extensa enumeración no taxativa (27) de la política de defensa de la libre competencia que debe llevar adelante el Estado. Bajo el derecho de la competencia, el Estado garantiza diversos intereses de los consumidores. Así se asegura, por ejemplo, el acceso al consumo y el derecho a “precios justos”, a más del derecho de los consumidores a organizarse para la protección de sus intereses.

Y en *Argentina*, la interrelación entre intereses de los consumidores y de la defensa de la libre y leal competencia cuenta con diversos argumentos normativos (v.gr. arts. 43 CN, 3° de la Ley de Defensa del Consumidor, 1099 del Cód. Civ. y Com. (28)).

El solapamiento de los intereses de los consumidores y la libre competencia deviene hondamente relevante, ya que en muchos regímenes serán las acciones colectivas y asociaciones de defensa de los primeros las que amparen una sana participación de los restantes actores en el mercado.

(26) *Vid.* MARÍN SEVILLA, Marcelo, “El derecho de competencia económica en la constitución del Ecuador”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Universidad de los Hemisferios, Quito, 2011, vol. 2, ps. 43-68.

(27) LÓPEZ CAMARGO, Javier, “Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica”, *Revista e-mercatoria*, nro. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, vol. 2, p. 18.

(28) Esa relación normativa entre defensa del consumidor y de la competencia se estrecha con el Cód. Civ. y Com. (SANTARELLI, Fulvio G., “Normas del mercado y derechos del consumidor. Un acercamiento a partir del Código Civil y Comercial”, en STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos [dirs.], *Tratado...*, cit., t. I, ps. 523 y ss.).

III. Tutela colectiva por violación a la libre competencia

Aunque sin tratamiento normativo específico, existe acuerdo que las acciones de resarcimiento de daños por transgresión a las normas de defensa de la competencia podrían encausarse como “acciones de clase” o “acciones colectivas” (29). Aunque dichos procesos colectivos no se emplean exclusivamente para la obtención de indemnización por perjuicios, sino que podrían perseguir otros objetos, como medidas cautelares u otros tipos de cesaciones, por ejemplo.

En virtud de tales acciones colectivas, los consumidores que hayan sufrido daños por un comportamiento contrario a la libre competencia, y cuya demanda individual sea insignificante (y también cuando concurren otros recaudos), tienen derecho a entablar un proceso, de aquellas características, contra las empresas.

III.1. Régimen argentino

III.1.1. Reparación de daños

III.1.1.1. Comprador indirecto

Bajo el Capítulo IX de la ley 27.442 “De la reparación de daños y perjuicios”, el art. 62 prescribe que: “Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

La amplitud de la regulación permitiría la legitimación activa del “comprador indirecto”, para iniciar una acción individual, y hasta colectiva, pero no sería sencillo poder conjugar en una misma acción colectiva, intereses de compradores directos e indirectos (30).

(29) DIEZ CANSECO, Luis, “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, *Themis: Revista de Derecho*, nro. 36, 1997 (ejemplar dedicado a: Derecho de Competencia).

(30) WHISH, Richard, “Acciones de daños en los tribunales de Inglaterra y Gales”, VELASCO SAN PEDRO, LUÍS A. y otros (dir.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 165.

Ahora bien, en ese contexto, si el demandado logra demostrar que el demandante no ha sufrido un daño emergente real, puesto que ha repercutido, en su totalidad o en parte, los precios anticompetitivos a sus compradores, los tribunales podrían tenerlo en cuenta a la hora de determinar el derecho a la indemnización y su importe. Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los consumidores finales. Esta defensa se llama *passing-on*, y ha sido ido aceptada en el sistema europeo y rechazada en el norteamericano.

Lo descripto tiene trascendental importancia a la hora de justificar la legitimación activa, individual o colectiva, de consumidores.

III.1.1.2. *Follow-on claims*

A más del daño punitivo admitido en el art. 64 y el carácter solidario de la responsabilidad que emerge del 65, completa el título *sub* estudio, el art. 63 de la ley 27.442 que reza: “La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo con el proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro Segundo del Cód. Proc. Civ. y Com. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

En el viejo sistema de la ley 22.262 explícitamente se ponía un freno a las acciones civiles, ya que había que esperar que mediara resolución administrativa. Esto mutó con el art. 51 de la ley 25.156 que habilitó las acciones civiles, sin ningún condicionamiento.

La ley 27.442 parecería adoptar un sistema mixto, puesto que el art. 62 reproduce el art. 51 de la ley 25.156 con un mínimo *aggiornamento* terminológico, pero en el art. 63 se regulan las denominadas demandas *follow-on claims*, aunque sin resistir las acciones civiles directamente encauzadas, a través de las normas sustanciales sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo. Por razones de economía procesal y seguridad jurídica, la acción de indemnización puede ser más eficaz si se interpone tras la conclusión del procedimiento de la autoridad de aplicación. Sin embargo, la espera de tal decisión no debería tener como consecuencia privar inexorablemente, a los posibles demandantes, de su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.

Estas cláusulas *follow-on claims* se verifican frecuentemente en el derecho de la competencia de la Unión Europea. Para ilustrar su funcionamiento, no está de más recordar que la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia (31), regula que la constatación de una infracción en una resolución firme de una autoridad nacional de competencia o de un órgano jurisdiccional competente queda irrefutablemente establecida para las acciones “consecutivas” por daños y perjuicios en dicho Estado (32). Esta tecnología es exportable a las acciones colectivas (33).

III.1.2. *Acciones colectivas*

Una severa problemática de la novel Ley de Defensa de la Competencia es la ausencia de reglamentación de las acciones colectivas, con los problemas que esto involucra en orden a la determinación de la legitimación, de la competencia, etc. (34).

(31) Entró en vigor el 26/12/2014.

(32) Y constituye, al menos, un principio de prueba en las acciones consecutivas en otros Estados miembros.

(33) Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión del 11/6/2013.

(34) PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, “Nueva ley de defensa de la competencia: pros, contra, y rarezas”, *Justicia Colectiva*, en <http://justiciacolectiva.org.ar/nueva-ley-defensa-la-competencia-pros-contras-rarezas/>.

Antes de la sanción de la ley 27.442, Trevisán ya prevenía, en relación con las acciones de indemnización por daños y perjuicios por infracción a las normas de defensa de la competencia, que “Legislar los procesos colectivos acabadamente y de modo adecuado permitirá, además, mitigar los costos de su implementación y beneficiar a todas las partes del proceso por igual (actores y demandados)” (35).

Aunque debemos reconocer que las acciones colectivas son más típicas en el ámbito de la protección del consumidor (y también del medioambiente) y menos comunes en defensa de la libre competencia (36).

Ahora bien, un adecuado diálogo de fuentes con el amparo colectivo del art. 43 de la CN, con las acciones de clase a la luz de lo interpretado en “Halabi” (37) y la tutela colectiva de los arts. 52 a 54 de la Ley de Defensa del Consumidor, impide que el vacío reglamentario obste recurrir a procesos colectivos, en defensa de la competencia.

Desde otra óptica, con el nuevo sistema no se ha modificado, en demasía, el régimen de la ley 25.156, que confiaba esencialmente en el modelo de las multas instituidas por el ex art. 46, inc. b), y que componían el eje de la función penal de aquella Ley de Defensa de la Competencia. Tal diagrama no tenía por propósito crear un mecanismo indemnizatorio colectivo. Se apartaba así de los daños triplicados del derecho antitrust estadounidense, y se aproximaba el tipo sancionatorio del derecho de la competencia europeo (38), con puniciones administrativas que no son reparatorias de daños, sino

(35) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”, 23/10/2013, Buenos Aires; JA 2013-IV, fasc. nro. 4, p. 30.

(36) LESKINEN, Charlotte, “Reparaciones de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia: la conveniencia de las acciones *opt-out* en casos que implican numerosas demandas individuales de poco valor”, VELASCO SAN PEDRO, Luis A. y otros (dir.), *La aplicación privada...*, cit., p. 288.

(37) CS, Fallos 332:111.

(38) Ver el tratamiento del tema en: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 377.

que se calculan en proporción a la magnitud patrimonial de las empresas involucradas (39).

En nuestra creencia, debatible por cierto, la ejecución privada de las normas de competencia es probablemente la única forma de compensar adecuadamente los daños producidos como consecuencia de conductas violatorias a las normas de competencia, aunque su concreción efectiva se encuentra todavía en estado embrionario (40).

III.2. Unión Europea

III.2.1. Acciones colectivas

El Libro Verde de la Comisión Europea “sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” de 2005 (41) pretendió que las asociaciones de consumidores (42) comiencen a reclamar que se indemnice a los consumidores por los daños y perjuicios que les causan las conductas abusivas de la competencia (punto 2.5). La Comisión Europea estimó que deben fomentarse las reclamaciones colectivas de daños en la Unión Europea, ante las dificultades que se les presentan a los consumidores para hacer valer sus derechos de manera individual; lógicamente porque, como es sabido, aunque el daño, ocasionado en el mercado por una práctica restrictiva o abusiva, pueda ser muy elevado, el impacto sobre cada consu-

(39) Así, por ejemplo, la Unión Europea recientemente impuso a Google la mayor multa de su historia: 4.340 millones de euros, equivalente al 4,5% de la facturación global. La normativa europea le permite aplicar multas de hasta un 10% de la facturación anual mundial de una empresa. Se entendió que Google obliga a los fabricantes de celulares a instalar junto a *Android* su buscador y su navegador *Chrome*, entre otros abusos de posición dominante.

(40) TREVISÁN, Pablo, “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia la Unión Europea y la Argentina”, LL del 27/2/2015, ps. 4-5.

(41) Bruselas, 19/12/2005, COM (2005) 672.

(42) Varía entre los Estados, desde una rigurosa fijación de requisitos que deben satisfacer las asociaciones para la concesión de autorización administrativa previa (v.gr. Gran Bretaña), hasta un sistema abierto en el que cualquiera puede erigirse en representante de los intereses colectivos o un control flexible, donde basta la inscripción en un registro *ad hoc* en el que constan determinados datos de la asociación (v.gr. Suecia).

midor suele ser reducido y, en consecuencia, el consumidor no tiene suficientes incentivos para acudir a los tribunales en busca de una indemnización, constituyéndose consecuentemente —el ejercicio de acciones colectivas— como la vía más idónea (43).

Luego el Libro Blanco “sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” de 2008 (44) incluyó propuestas sobre recursos colectivos específicos contra las prácticas contrarias a las normas de competencia. Así subrayó la necesidad de una compensación colectiva efectiva para permitir a todas las víctimas de infracciones de las normas de competencia de la Unión Europea obtener una compensación total por el daño que sufrieron. En el punto 2.1, la Comisión Europea consideró que hay una clara necesidad de mecanismos que permitan agregar las demandas individuales de las víctimas de infracciones de la normativa de competencia. Los consumidores individuales, pero también las pequeñas empresas, especialmente las que han sufrido un daño puntual y de poco valor relativo, renuncian a menudo a entablar una demanda individual por daños y perjuicios porque ello trae consigo costes, retrasos, incertidumbre, riesgos y cargas. Como consecuencia, muchas de estas víctimas no perciben compensación. En las contadas ocasiones en las que se entablan varias demandas individuales en relación con la misma infracción, los demandantes, demandados y el sistema judicial se enfrentan igualmente a ineficiencias procesales. Por tanto, la Comisión sugirió una combinación de dos mecanismos complementarios de recurso colectivo para abordar eficazmente estas cuestiones en el campo de la defensa de la competencia: a) demandas en representación, entabladas por entidades habilitadas, como asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales, en nombre de víctimas identificadas o, en casos más restringidos, identificables; y b) demandas colectivas, en las que las víctimas decidan

expresamente aunar en una sola sus demandas individuales por daños sufridos.

A su turno, la aludida Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de noviembre de 2014, en su considerando 13 expresa: “El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. La presente Directiva no debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE. Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo”. Dicha Directiva, contrariamente al contenido de la primera Propuesta de la Comisión de 2009, no reguló un régimen de recurso colectivo (lo que en estas latitudes preferimos llamar acciones colectivas); quedando su reglamentación relegada a la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 “sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el derecho de la unión”. Aunque en el considerando 7 (45) de tal Recomendación se alude expresamente al derecho de la competencia como uno de los ámbitos en los cuales es necesaria la existencia de procesos efectivos de recurso colectivo, se decanta por un sistema de tutela colectiva *opt-*

(43) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nro. 1, marzo 2017, ps. 131-132.

(44) Bruselas, 2/4/2008, COM (2008) 165 final.

(45) “Los ámbitos en que se ejerce la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, en forma de recurso colectivo, son la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores. Los principios establecidos en la presente Recomendación deben aplicarse de forma horizontal y uniforme a dichos ámbitos, pero también a cualesquiera otros en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes”.

in, con un fuerte control sobre la legitimación y la financiación de la acción colectiva, y muestra preocupación por evitar un solapamiento entre acciones colectivas y procedimientos sancionadores (para las acciones consecutivas) (46). Luego de la normativa comunitaria descrita, el impulso normativo perdió fuerza.

Así, desde un aspecto legislativo formal, no se verifica una explícita regulación en la Unión Europea de las acciones colectivas de daños en casos de representación de intereses colectivos o difusos, lo que constituye, sin duda, una de las asignaturas pendientes en el ordenamiento del viejo continente (47). La doctrina ha criticado esta ausencia reglamentaria de las acciones colectivas (48), y ve —en la falta de normas comunes vinculantes sobre las acciones colectivas— la causa de la improbabilidad de que la aplicación de la legislación en el ámbito de competencia gane el mismo impulso en la Unión Europea que en Estados Unidos (49). Es que solo se potenciarían los mecanismos privados de realización del derecho de la competencia, mediante el fortalecimiento de los remedios colectivos (50). El déficit de un estatuto uniforme condiciona negativamente la afirmación del *private enforcement* como útil instrumento de reacción a las ilícitas distorsiones de la competencia en el mercado (51). Pero esa ausencia de

ordenamiento de las acciones colectivas no es una inconsistencia del legislador, sino una decisión consciente tendiente a evitar los supuestos excesos acontecidos en Estados Unidos (52), lo que sería plausible para una fracción minoritaria de la doctrina (53). Ciertamente, cuando la Comisión Europea lanzó la iniciativa para normar las acciones por daños en materia de competencia, esta fue una de las cuestiones nucleares que se abordaron (así se puso de manifiesto en el Libro Verde y en el Libro Blanco, antes aludidos); y el tema, finalmente, se excluyó, por temor a la propagación del sistema de acciones colectivas “a la americana” (54). Así ha quedado incuestionablemente plasmado en el considerando 13 de la Directiva *ut supra* transcrito.

Un sector de la doctrina advierte que las demandas colectivas, promovidas por asociaciones de consumidores, constituyen un fracaso en la política europea destinada a la compensación por violación de las normas de defensa de la competencia. Obviamente se trata de una posición que tiene como basamento ideológico la crítica a los intentos por reforzar, mediante armonización normativa, el *private enforcement* del derecho de la competencia; cuando el prisma debería dirigirse —en ese pensamiento— a la falta de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia por parte de las autoridades. Siguiendo ese razonamiento, admite Alfaro Águila-Real que desde 2004 se han iniciado diversas demandas *follow-on*, por ejemplo en Bélgica en relación con el cártel de los ascensores; en Francia en relación con los teléfonos móviles y las vitaminas; en Alemania, cemento y vitaminas; en Italia, respecto del seguro de automóviles; en Holanda contra los mayoristas de productos electrónicos; en Sue-

(46) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Aspectos procesales...”, cit., p. 132.

(47) VIDAL, Patricia - CAPILLA, Agustín - GUA, Cristian, “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nro. 47, 2017, p. 53; en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5657/documento/art03.pdf?id=7547>.

(48) MENCIA BASTANCHURRY, Carmen, “La cuantificación económica de daños en la Directiva 2014/104/UE”, tesis de maestría inédita, p. 28, en <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/4629/MENCIA%20BASTANCHURY%20c%20CARMEN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

(49) CANEDO ARRILLAGA, María P., “La Directiva Europea relativa a acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea”, p. 185.

(50) FORNER DELAYGUA, Joaquín-J., “Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2, Madrid, julio-diciembre, 2013, p. 399.

(51) CARPAGNANO, Michele, “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción:

Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295- 298/04”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2007, ps. 1 y ss.

(52) HERRERO SUÁREZ, Carmen, “La transposición de la Directiva de Daños Antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nro. 1, marzo 2016, p. 151.

(53) BROKELMANN, Helmut, “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nro. 37, 2015, p. 23.

(54) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Aspectos procesales...”, cit., p. 132.

cia contra los transportistas aéreos de mercancías y en Gran Bretaña se recogen procesos contra miembros de cárteles detectados y sancionados por las autoridades de competencia (55). En 2008 una asociación de consumidores promovió exitosamente acción colectiva, en Gran Bretaña, en reclamación de indemnización por el precio excesivo de camisetas de la selección inglesa y de un conocido equipo de fútbol, a resultas de un acuerdo de fijación de precios entre las grandes distribuidoras de estos productos (durante 2000 y 2001). La reclamación se articuló a través del mecanismo de la *Group Litigation Order*, que responde a los esquemas del *opt-in*. La acción desembocó en una transacción, en virtud de la cual: 1) quienes se habían unido a la demanda cobrarían 20 libras (habían pagado hasta 39.99 por cada camiseta); 2) quienes no se hubieran unido podrían cobrar 10 libras si aportaban prueba de la adquisición o la camiseta en sí, con la etiqueta intacta.

El autor antes citado arguye que el *enforcement* de la prohibición de cárteles debe ser predominantemente público. Añade, para justificar su postura, que el problema de las acciones colectivas no se plantea en el caso de las restricciones verticales porque el demandante será, normalmente, la contraparte contractual, es decir, un solo individuo (o un grupo bien definido como el de los distribuidores o franquiciatarios) cuya legitimación activa es indudable (56). En cuanto al abuso de posición

(55) ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del derecho de la competencia”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2009, ps. 1 y ss.

(56) Así, p. ej., un tribunal danés ha estimado la demanda de un operador postal contra el servicio postal danés (el equivalente a nuestro *Correos*) reclamando la indemnización de daños por abuso de posición dominante. (Danish Eastern High Court, Sentencia de 20 de mayo de 2009). Se trata de una *follow-on claim*, es decir, la reclamación ante los tribunales fue precedida de la actuación del Consejo de la Competencia danés que emitió una resolución declarando que el servicio postal danés había abusado de su posición de dominio al establecer precios diferentes para clientes situados en la misma posición. Lo que hizo el operador dominante fue realizar ofertas más atractivas a los clientes de su competidor (FK) que a sus propios clientes. Con ello consiguió arrebatar al competidor a sus tres principales clientes y FK vio reducida notablemente su facturación.

dominante, los abusos más frecuentemente sancionados son los denominados excluyentes en los que hay empresas (proveedoras, clientes o competidores) que sufren de forma directa y significativa los efectos del abuso y tienen incentivos para litigar o para denunciar a la empresa dominante ante las autoridades de competencia y cuya legitimación activa para hacerlo es, también, indudable. Por el contrario, en el caso de los cárteles, los daños son sufridos por grupos grandes y heterogéneos de individuos (al menos, los compradores del producto cartelizado y los titulares de los factores de la producción cuyo uso ha disminuido —y, por tanto, cuyo precio ha bajado— como consecuencia de la reducción de la producción que provoca un cártel). En este caso, la determinación del legitimado activamente y de cómo organizar la presentación de demandas colectivas constituye un severo problema. Según este criterio, no aportarían estas acciones colectivas a la detección del cártel. Eventualmente la mejor opción sería presentar una denuncia ante las autoridades de competencia para que sean estas las que hagan la “instrucción” que permita determinar la existencia, duración y características del cártel y, por tanto, facilitar la presentación de una demanda *follow-on* una vez que se haya producido la decisión de la autoridad.

En sentido contrario, Leskinen concluye que para aumentar el acceso a la justicia e incrementar el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, la Comisión Europea debería incorporar además de las acciones representativas y las colectivas *opt-in*, necesariamente las *opt-out*, cuando menos para los casos de demandas individuales de poco valor (57).

Adherimos a aquellas tesis que promueven el reforzamiento del *enforcement privado*.

III.2.2. Legitimación activa amplia

Sin perjuicio de ello, en la legislación europea ha campeado un anchuroso estándar de legitimación, que se ha visto reflejado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se pronunció en 2001,

(57) LESKINEN, Charlotte, “Reparaciones de daños...”, cit., p. 301.

en el asunto “Crehan” (58), que establece que tanto los compradores directos como los indirectos pueden reclamar judicialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la conducta ilegal; lo que se ratificó en “Manfredi” (59). Otra sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006 (60), contribuyó a la aseveración del *private enforcement* como efectivo remedio judicial a disposición de quien, también como consumidor, haya sido perjudicado por una violación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea.

De esto se deriva que cualquier usuario, proveedor o competidor, estaría legitimado para reclamar daños y perjuicios. Y en casos en los que los precios anticompetitivos hayan sido repercutidos a lo largo de la cadena de suministro, tanto los compradores directos como los “compradores indirectos” (61) deberían tener

(58) TJCE, 20/9/ 2001, Asunto C-435/99, “Courage v. Crehan”. Se dijo: “La plena eficacia del art. 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apart. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia” (párr. 26).

(59) TJCE, 13/6/2006, en los asuntos acumulados C-295-298/04. Se resolvió: “...en lo que atañe a la posibilidad de solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia, procede recordar que la plena eficacia del art. 81 CE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apart. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia. Se desprende de esto que cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el art. 81 CE”.

(60) TJCE, 13/7/2006, “MP: S. von Bahr”, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/043.

(61) “...en los casos en que los compradores directos de productos fabricados por los miembros de un cártel hayan repercutido los precios excesivos en los precios ofertados al siguiente nivel de la cadena de distribución, conforme a las propuestas de la Comisión, los compradores indirectos deberán estar igualmente legitimados para interponer demandas por daños y perjuicio” (Se ejemplifica en: *Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia al Libro Blanco de Daños de la Comisión Europea*, Madrid, julio de 2008, p. 4.

legitimación para reclamar daños y perjuicios. En cuanto a los compradores indirectos (62), la Comisión Europea propone que sus reclamaciones puedan basarse en la presunción refutable de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal (63).

En el modelo de la Unión Europea se reconoce la viabilidad de la ya mencionada defensa *passing-on*. Aunque cierto sector de la doctrina critica dicha lógica. El razonamiento opuesto a la defensa procesal aludida se sostiene en la dificultad de aceptar que elevar el precio del producto en el que, por ejemplo, se haya utilizado una materia prima “cartelizada” sea una “medida exigible” al fabricante intermediario del producto. Dicho en otras palabras, que el comprador del producto cartelizado logre vender más caro sus productos (que llevan el insumo cartelizado) no estaría vinculado causalmente con el aumento de precio del insumo cartelizado. Y, por tanto, el cartelista no podría alegar el *passing on* para reducir el *quantum respondeatur* (64).

(62) Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, “Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales”, *La Ley*, nro. 9031, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, 28/7/2017.

(63) *Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia al Libro Blanco de Daños de la Comisión Europea*, Madrid, julio de 2008, p. 4.

(64) ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Contra la armonización positiva...”, cit., ps. 1 y ss. Recuerda un caso inglés que refleja la cuestión (Hussey v. Eels [(1990) 2 Q.B. 227]: “Los demandantes habían adquirido un *bungalow* creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el *bungalow* y el permiso de obra en £23.000 más que el precio de compra, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas. Esta decisión fue revocada por la Court of Appeal concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro, pregunta cuya respuesta, ha de

III.3. España

Dicho país no contiene regulación sistemática específica⁽⁶⁵⁾ de las acciones colectivas cuando se encuentra en juego la libre competencia; de modo que la primera opción sería servirse del sistema de acciones colectivas resarcitorias general establecido en los arts. 11 y concs. de la ley adjetiva, pensados específicamente para acciones de consumo.

El citado artículo distingue dos situaciones: a) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para la tutela de esos intereses colectivos puede corresponder tanto a las asociaciones de consumidores y usuarios o a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, como a los propios grupos de afectados; b) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas. Por tanto, la regulación de las reclamaciones colectivas en España permite las dos alternativas contenidas en la propuesta del Libro Blanco: tanto las “demandas en representación” o *representative actions*, interpuestas por entidades habilitadas (asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales), como las “demandas colectivas” (*opt-in collective actions*), en las que las víctimas deciden expresamente aunar en una sola sus demandas individuales por daños sufridos. No obstante, la legislación española parece conceder más aten-

ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento”.

(65) Criticado en: RUIZ PERIZ, J. I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, en RUIZ PERIZ, J. I., (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 2.

ción a las demandas interpuestas por entidades habilitadas.

Esa referencia procesal exclusiva a los consumidores ha llevado a que se sostenga que las acciones de colectivas o de clases solo serían reconocidas, respecto de estos, vetándose que las empresas puedan promover recursos de tinte colectivo.

Aparte de la legitimación prevista en el art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existen otras pocas reglas sobre esta temática en: la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 20), la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (art. 16), la Ley General de Publicidad (art. 25) y en la Ley de Competencia Desleal (art. 18). El art. 249 inc. 4º del digesto ritual, conforme texto agregado por la Disposición adicional segunda de la ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone que la acción de cesación “en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad” se equipara a las que “supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios”, y se benefician con el juicio verbal del art. 250 de dicha ley adjetiva.

Más allá de la concesión legal transcrita, sentencia Gascón Inchausti que mientras no se modifique el régimen legal de las acciones colectivas de reparación de daños, en España no cabe esperar un ejercicio masivo —ni siquiera moderado— de acciones colectivas en beneficio de los consumidores perjudicados por prácticas colusorias o abusos de posición dominante (66).

III.4. Otros países europeos

Muchos Estados miembros de la Unión Europea disponen de recurso colectivo de indemnización (Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Grecia, Francia, Italia, Lituania, Hungría, Malta, Holanda, Portugal, Polonia, Rumania, Finlandia, Suecia, Gran Bretaña), pero —en más de la mitad de ellos— este se limita a ám-

(66) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Aspectos procesales...”, cit., ps. 133-134.

bitos específicos, principalmente a las reclamaciones de consumidores.

Gran Bretaña, es una excepción al principio que venimos advirtiendo, puesto que cuenta con legislación específica que permite la reparación representativa de daños y perjuicios cuando se incumplen normas de defensa de la competencia. En este caso, las acciones de indemnización en representación en asuntos de consumo son interpuestas principalmente por autoridades públicas. Pero en los asuntos de competencia, un demandante colectivo también puede representar al grupo, lo que hace de este procedimiento una acción colectiva en lugar de una acción de representación en el sentido de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 “sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el derecho de la unión”, *ut supra* aludida.

Entre los Estados miembros que han modificado su legislación después de la adopción de la Recomendación recién mencionada, Francia y Lituania han introducido sistemas de participación voluntaria, mientras que Bélgica y Gran Bretaña cuentan con un régimen híbrido, de participación voluntaria o de exclusión voluntaria, a discreción del órgano jurisdiccional. En Bélgica la aplicación de cualquiera de estos principios se evalúa caso por caso, con el objetivo de ver cuál es la mejor forma de proteger los intereses de los consumidores. Sin embargo, cuando los demandantes son extranjeros, el sistema belga prescribe el principio de participación voluntaria. Puede observarse la misma tendencia en el nuevo sistema de Gran Bretaña en asuntos de derecho de la competencia, en el que la resolución de “exclusión voluntaria” dictada por el órgano jurisdiccional impide la apertura de otros litigios solo a los demandantes con domicilio en Gran Bretaña.

Dinamarca ofrece la opción *opt-in*, pero si las demandas de cada miembro del grupo no superan una determinada cantidad (300 dólares aproximadamente) se viabiliza la acción colectiva *opt-out*. En Noruega, el Tribunal decide si se adoptará un modelo *opt-in* u *opt-out*.

Entre los Estados miembros antes enunciados, que disponen de regímenes de acciones de indemnización, once han introducido disposiciones específicas sobre mecanismos de resolución extrajudicial de litigios colectivos (Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Francia, Italia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal Gran Bretaña). Esta lista incluye los tres Estados miembros que han adoptado nueva legislación tras la adopción de la Recomendación (Bélgica, Francia y Lituania), así como Gran Bretaña, que introdujo una disposición específica sobre la resolución extrajudicial de litigios en el mecanismo de la competencia.

Llamativamente, siguen siendo pocos los países europeos que, en general, han adoptado el sistema *opt-out* (Países Bajos, Portugal).

III.5. Estados Unidos

A diferencia de lo que acontece en la Unión Europea, Estados Unidos goza de una trayectoria de cuantiosas demandas de daños y perjuicios, por violación del derecho antitrust. La Sección 4 de la Ley Clayton reconoce que cualquier persona puede reclamar (multiplicados por hasta tres veces, *treble damages*) los daños sufridos por una conducta anticompetitiva.

Probablemente, esta preeminencia del *private enforcement* se deba a las particulares características del sistema antitrust estadounidense, que favorecen el ejercicio de este tipo de acciones colectivas en mano de particulares, como un generoso acceso a las pruebas (*discovery*), el mecanismo de *treble damages* que permite al actor exigir el triple de los daños sufridos más el reembolso de unos honorarios legales razonables y, lo más importante, el sistema de recurso colectivo o *class actions* (67). Las bondades del *private enforcement* han quedado debidamente demostradas en Estados Unidos (68),

Sin embargo, el Tribunal Supremo estadounidense ha limitado la legitimación activa ante los

(67) HERRERO SUÁREZ, Carmen, “La transposición...”, cit., p. 151.

(68) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo - SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 3ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 377.

tribunales federales, estableciendo que “únicamente los compradores directos” de productos afectados por una conducta anticompetitiva cuentan con legitimación activa para interponer demandas de daños y perjuicios, con algunas aisladas excepciones. Es decir, tiene una más restringida aceptación de legitimación activa que el sistema adoptado en el viejo continente y el que aparentemente propone la ley 27.442.

Los dos casos fundamentales en los que cristaliza esta postura el Tribunal Supremo de los Estados Unidos son el caso “Hanover Shoe” (69) e “Illinois Brick” (70). En el primero, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos limitó la legitimación a los compradores directos, prohibiendo al mismo tiempo la defensa *passing-on*. En el segundo, se prohibió la utilización del argumento de la repercusión del daño por parte de los demandantes indirectos, con lo que la prohibición del uso de la defensa *passing-on* pasó a ser simétrica, en el sentido de que no puede utilizarse tampoco desde el punto de vista ofensivo por parte del demandante.

A modo de síntesis, los daños triples (*Treble Damages*) en conjunción con las acciones colectivas suponen un diagrama fuertemente disuasivo, consecuencia de lo altamente costoso —para las empresas— que deviene la comisión de alguna infracción anticompetitiva. Esto es difícilmente exportable al régimen europeo, donde el principio de “enriquecimiento injusto” se encuentra muy fuertemente enraizado (71).

III.6. Otros países americanos

En Colombia encontramos reglamentaciones de “acciones de clase para evitar competencia desleal y el uso de la información privilegiada en el sistema financiero y mercado público de valores” (ley 45 de 1990, ley 35 de 1990, decs.

663 y 653 de 1993). Pero, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, también se adoptó como mecanismo de protección de los derechos colectivos, a las “acciones populares”. Así el art. 88 de la Constitución establece: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. Estas acciones populares se plasmaron luego en la ley 472 de 1998. El art. 4º inc. i) de la aludida norma ha regulado, entre los derechos e intereses colectivos tutelados, “La libre competencia económica” (72).

En México, el art. 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, del 24/12/1992 y objeto de diversas modificaciones (siendo la última el 9/4/2012) disponía que “Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta ley”; añadiendo en el segundo párrafo que dichas acciones “podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”.

La citada ley fue abrogada a partir del 7/7/2014 por dec. DOF 23/5/2014, que expide la Ley Federal de Competencia Económica. Este nuevo régimen modifica el modelo anterior y dispone en el art. 134, bajo el capítulo “De la reparación de los daños y perjuicios”, que “Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme. El plazo de prescripción para reclamar el pago de da-

(69) “Hanover Shoe v. United Shoe”, Mach., 392 U.S. 481 (1968).

(70) “Illinois Brick Co. v. Illinois”, 431 US 720 (1977).

(71) ÁLVAREZ RUBIO, Julio, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Origen, desarrollo y problemas derivados de su implantación práctica”, Universidad de Cantabria, inédito, en <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/9873/VALRODRIGUEZ-MANUELDEL.pdf?sequence=1>.

(72) Vid. LOGROÑO TORO, “Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 1 nro. 2 Bogotá, July/dec. 1999, en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000200008.

ños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación. Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria” (73).

Así las acciones colectivas han sido lamentablemente extraídas del ámbito privado, y se las insertó en la órbita pública. El art. 12 inc. XXVIII, entre las atribuciones de la Comisión Federal de Competencia Económica, cuenta: “Ejercitar las acciones colectivas de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”.

En Chile, el dec. 211 fue modificado el 30/8/2016 mediante ley 20.945. Entre las reformas es dable mencionar que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de una sentencia definitiva ejecutoriada dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá interponerse ante el mismo Tribunal. Asimismo, podrá tramitarse, de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores para las acciones colectivas, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Consecuencia de la sentencia 160/2017 del 28/12/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, recientemente se ha sustanciado exitosamente una acción colectiva por violación a normas de defensa de la competencia. Así todos los ciudadanos chilenos mayores de 18 años, cerca de catorce millones, comenzarán a recibir a partir del 1 de agosto una indemnización de siete mil pesos chilenos (US\$ 11 aproximadamente) de parte de CMPC, una empresa papelerera que fue sancionada por la justicia en un fallo histórico por “colusión” o “abuso de posición” en el mercado del papel higiénico. Luego de ocho años, el 27 enero de 2017 el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), y las agrupaciones de consumidores y representantes de la empresa CMPC, llegaron a un acuerdo tras el caso de colusión o complicidad para accionar en el mercado de papel higiénico com-

pitando entre sí y fijando precios de góndola. El 17 de mayo de ese año, la Corte Suprema de Justicia avaló el acuerdo y en agosto comenzarán a llevarse a cabo los pagos. En la sentencia, el Tribunal declaró que la firma SCA junto a la chilena CMPC Tissue —las mayores productoras de papel higiénico y servilletas— “celebraron y ejecutaron un acuerdo con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000 hasta, por lo menos, diciembre del año 2011”. De acuerdo con la denuncia de la Fiscalía Nacional Económica, ambas empresas —que controlaban el 90% del mercado— protagonizaron uno de los mayores casos de colusión detectados en Chile.

IV. Conclusiones

Como bien manifiesta Trevisán, las acciones de reparación de daños por ilícitos contra normas de defensa de la libre competencia se encuentran aún en un estado embrionario, pero están dadas las condiciones para que el tema despegue finalmente (74).

Aunque la ausencia de regulación de la tutela colectiva de los intereses que componen la libre competencia debilita un pilar vital para el éxito de la defensa de la competencia, cual es, el *enforcement* privado. Es que la acción colectiva no solo favorece la economía procesal, sino que tiene importantes efectos disuasivos. Es el “poder compensatorio” en cabeza de los consumidores (75).

El sistema de ejecución de defensa de la competencia bajo la ley 27.442 mantiene un régimen mixto. Por un lado, de aplicación preponderantemente público, esencialmente a través del régimen administrativo-preventivo y otro administrativo-penal-infraccional de conductas anticompetitivas de los organismos creados (76), replicando el modelo de la ley 25.156.

(74) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit., p. 30.

(75) SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “Competencia y seguridad jurídica en los mercados”, LL del 23/7/2010, p. 1; LL 2010-D-1099; citando a Galbraith.

(76) SCHURJIN ALMENAR, Daniel, “Lineamientos centrales del régimen argentino de defensa de la competencia”, LL del 10/4/2013, p. 8; LL 2013-B-480.

(73) El último párrafo tiene un sentido semejante al art. 64 de la ley 27.442.

Por el otro, de *enforcement* privado, mediante las normas del régimen general de responsabilidad civil al que remite el art. 62, pero lamentablemente mitigado por la falta de regulación específica de un modelo de tutela colectiva.

Ya se advertía que la posibilidad de reclamar daños punitivos y demandar colectivamente constituían incentivos importantes, conviniendo “seguir de cerca la evolución de ambos institutos” (77). Pues bien, el primer extremo se satisfizo, aunque con mejorable técnica legislativa, en el art. 64; pero para el segundo habrá que recurrir, al menos hasta que se sancione una norma procesal específica de los procesos colectivos, a la extrapolación de los principios provenientes del art. 43 de la Carta Magna, o al dialogo de fuentes con el art. 54 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor, a través del art. 3º de dicho estatuto.

Desde otra perspectiva, la dimensión constitucional del derecho del consumidor a la libre competencia exige del régimen legal una mayor apertura a su intervención directa, que puede darse por diferentes mecanismos, entre ellos la regulación de acciones civiles colectivas e indemnizaciones agravadas contra empresas donde el daño se encuentre constituido por la lesión del derecho a la libre competencia, como técnica de fomento de la participación ciudadana en este plano, al estilo del tripló de la *Clayton Act* (78).

Por su parte, el derecho de la competencia protege un bien colectivo, como es la existencia de ciertos niveles de rivalidad efectiva en los mercados. Esto justifica las acciones colectivas, pero las personas afectadas en su derecho constitucional a la libre competencia no tienen tantos incentivos para estar bien representadas e informadas, como sí sucede en el caso típico de naturaleza privada donde las partes intervienen de manera directa en el proceso y pagan los costos y beneficios de la sentencia de un modo más pleno. Por tanto, en el derecho de la competencia es central el rol del juez, que debe contar con más formación que otras áreas del derecho, en tanto sus decisiones afectan a gran cantidad de personas que no son parte del proceso, ge-

nerando importantes costos y beneficios sociales (79). La protección de los bienes comunes es una función del Derecho Privado, que requiere especialmente como herramienta las acciones colectivas o de clase.

Aun cuando la ley 27.442 no contiene disposiciones preventivas judiciales, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 44 (80) en materia administrativa, sería viable recurrir a lo reglado en el art. 1710 del Código Civil y Comercial; sin perjuicio de lo cual, también sería deseable referencias normativas explícitas para una tutela preventiva colectiva (81).

Finalmente, creemos que aun cuando no medie una conveniente regulación de las acciones colectivas en la ley 27.442, el acceso colectivo a procedimientos eficaces para la prevención y reparación de daños en materia de consumo y defensa de la competencia constituye un derecho fundamental, a partir de una interpretación sistemática de los arts. 42 y 43 de la Carta Magna nacional (82), y por tanto directamente operativo.

(79) STORDEUR (h.), Eduardo, “La idoneidad de los jueces en materia de defensa de la competencia”, LL del 1/6/2017, p. 1; LL 2017-C-814.

(80) Art. 44.—“En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los Capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los arts. 66 y 67 de la presente ley. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción”.

(81) TREVISÁN, Pablo, “Acción preventiva de daños y defensa de la competencia”, RCCyC 2016 (abril), 6/4/2016, p. 63.

(82) Conclusiones del “II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario”, celebrado en Rosario del 11 al 13/5/1994, Comisión nro. 5 sobre “Tutela Constitucional”, JA 1994-III-1001; citado en DEAMBROSSI, Jorge R., “El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios de los servicios públicos”; JA 1996-III-761.

(77) TREVISÁN, Pablo, “Indemnización de daños...”, cit., p. 32.

(78) JUSTO, Juan B., “El artículo 42...”, cit., p. 971.

**VINCULACIONES ENTRE
DERECHO DE LA COMPETENCIA
Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
.....

Diálogo y vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor, desde la perspectiva argentino-brasileña

CLAUDIA LIMA MARQUES (*) Y JUAN JOSÉ CERDEIRA (**)

I. Introducción

El presente artículo(1) propone abordar el diálogo entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor. Diálogo de fuentes es una expresión del maestro alemán Erik Jayme de Heidelberg(2), recibida en Brasil, por la decisión del Supremo Tribunal Federal en

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la UFRGS, Porto Alegre, Brasil. Abogada y árbitro en el Mercosur. Chair del *Committee on International Protection of Consumers*, ILA, London, presidente de la ASADIP.

(**) Doctor en Derecho Internacional Privado (UNA), Abogado (UBA), Profesor de Derecho Internacional Privado en la UBA, y en la Universidad de Flores. Es Negociador por el Ministerio de Justicia de Argentina en el Mercosur.

(1) La primera versión de este texto fue publicada en el libro ALL, Paulo - OVIEDO ABÁN, Jorge - VESCOVI, Eduardo (dirs.), *La actividad internacional de la empresa*, Ibáñez/Asadip, Bogotá, 2017, ps. 192-203, con el título “El Derecho de la Competencia y la Protección de los Débiles Jurídicos, desde la perspectiva argentino-brasileña”.

(2) JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, II, p. 259: “Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultant d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges

la ADI 2591 (3) y recibida en Argentina por el Cód. Civ. y Com. argentina (art. 1º)(4). La tesis que defendemos es que no hay antinomia, sino

sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent”.

(3) LIMA MARQUES, Claudia, “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en LIMA MARQUES, Claudia (coord.), *Diálogo das fontes*, RT, São Paulo, Brasil, 2012, p. 36. LIMA MARQUES, Claudia L., “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, *Revista Direito do Consumidor*, julho, 2004, vol. 51, p. 34. LIMA MARQUES, Claudia, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, *Revista Direito do Consumidor*, vol. 45, janeiro 2003, p. 71.

(4) Así LORENZETTI, Ricardo L., “Discurso de agradecimiento ao título de *doutor honoris causa* da UFRGS”, 12/5/2014: Notas sobre o Novo Código Civil e Comercial da Argentina, en *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 96/2014, noviembre-diciembre, 2014, ps. 21-37: “No campo da interpretação, estabelece-se um ‘diálogo de fontes’ de modo que o código recupera uma centralidade para iluminar as outras fontes. O intérprete de uma lei especial acudira ao código em procura de uma linguagem comum do não regulado pela lei especial, e também, para determinar os níveis mínimos de tutela, em conformidade com o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor. Segundo esta perspectiva, há uma integração do sistema legal numa escala de graduação que compreende: (a) os direitos fundamentais consagrados na Constituição; (b) os princípios e regras gerais de proteção mínima e a linguagem comum do Código; (c) a regulamentação detalhada existente na legislação especial. Os dois primeiros níveis são estáveis,

complementariedad y coordinación entre derecho de competencia y consumo (5), pero este 'diálogo' debe ser hecho por el aplicador de la ley con mira a los valores constitucionales (6).

Como afirma Gonzalo Sozzo, el diálogo de fuentes es una teorización "superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía". Hoy cabe al aplicador de la ley restablecer la coherencia del sistema (7) y la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias. "Por esta razón el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas, es establecer en el caso de conflictos de normas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto" (8). En otras palabras, este texto estudia la vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor, sus vínculos y posibilidades de aplicación simultánea a los casos y desde una perspectiva argentino-brasileña.

El derecho de la competencia es una necesidad creciente en el marco del desenvolvimiento empresarial en las economías de mercado (9), y tiene directa vinculación entre su regulación

enquanto o terceiro é flexível e adaptável as circunstâncias cambiantes dos usos e práticas" (ps. 21-22).

(5) PFEIFFER, Roberto Castellaños, "Proteção do consumidor e defesa da concorrência. Paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica", *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 78, p. 131.

(6) También en CARPENA, Heloísa, *O consumidor no Direito da Concorrência*, Renovar, Río de Janeiro, 2005, p. 258: "A opção pelos interesses dos consumidores, não como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da proteção da concorrência decorre da aplicação dos princípios constitucionais..."

(7) SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, LGDJ, Paris, 2000, p. 31: "En droit, l'absence de cohérence consiste dans la constatation d'une antinomie, définie comme l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet".

(8) SOZZO, Gonzalo, "La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012", en *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/2014, ps. 15-38, Jan-Fev/2014, ps. 18-19.

(9) JAEGER JUNIOR, Augusto, *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, LTr, São Paulo, 2006, p. 237.

con la protección a los consumidores (10) en el marco nacional, regional y global (11) donde se desarrollan esas economías. Así cabe referir en este trabajo los avances normativos institucionales alcanzados en la Argentina y el Brasil, tanto desde la protección constitucional prevista, como a lo acordado dentro del ámbito del esquema regional mercosureño (12). Podrá apreciarse que estos dos son los países que más han desarrollado el instituto y su la instrumentación, a la vez que se verá la directa conexión del instituto de la competencia y la protección del consumidor en el tratamiento normativo institucional. La normativa regional mercosureña en la materia también merece mención, como su grado de incorporación y a la situación actual en torno al tema a nivel nacional y regional. Finalmente, se hará referencia al relevante papel del derecho internacional privado en la búsqueda de ese equilibrio (13), en el desenvolvimiento de la disciplina método y sistema en el marco de un mundo posmoderno de nuevos desafíos (14).

II. Diálogos entre la competencia y la protección al consumidor

Muchas veces pensamos la competencia y la protección del consumidor como diferentes racionalidades regulatorias (mercados competitivos/bienestar del consumidor) (15), pero tenemos que ver que tienen también un objetivo común (16): la justicia en el mercado de

(10) JAEGER JUNIOR, Augusto, *Direito da concorrência e a proteção do consumidor no Mercosul*, en GRUNDMANN, Stefan et alii. *Direito Privado e Desenvolvimento Econômico*, Ed. Orchestra, Porto Alegre, p. 307 y ss.

(11) BECK, Ulrich, *Was ist Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, ps. y 46 ss.

(12) JAEGER JUNIOR, Augusto, *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*, Juruá, Curitiba, 2010, ps. 5 y ss.

(13) KLAUSNER, Eduardo A., *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*, Juruá, Curitiba, 2012.

(14) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", en *Rev. EsS. de Der. Int.*, 1994, p. 557.

(15) FRAZÃO, Ana, *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, Saraiva, São Paulo, 2017, ps. 52-53.

(16) SALOMÃO, Calixto Filho, *Direito concorrencial: as condutas*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 81: "...toda teorização econômica do direito concorrencial baseia-

consumo (macro: por la competencia, micro: por las reglas de derecho del consumidor) (17). Ambas son disciplinas de 'soberanía' estatal sobre el mercado (art. 219 de la Constitución Federal de 1988) y resultan en protección a la 'soberanía' del consumidor en el mercado (18). Las fallas del mercado, cuando externas, afectan la competencia reduciendo la posibilidad de elección del consumidor, y cuando internas, son fallas que el derecho del consumidor debe combatir y muchas veces son coincidentes (19).

Si en Brasil, la teoría del diálogo de las fuentes es muy utilizada en derecho del consumidor (20), nos parece que sirve en Argentina para comprender la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442, que crea la Autoridad Nacional de la Competencia, pero también el cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores. Este cargo "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". En Brasil, Roberto Pfeiffer defiende, con la *law and economics*, que el objetivo de la competencia es el 'bienestar del consumidor' en el mercado (21). Calixto Salomão considera que el consumidor es el verdadero destinatario econó-

se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e néo-clássicos não discordam quanto a esse ponto. A discordância maior está quanto ao sentido a ser dado à expressão 'bem-estar do consumidor'".

(17) CARPENA, Heloísa, *O consumidor...*, cit., p. 275.

(18) AVERITT, Neil W. - LANDE, Robert H., "A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor Revista de Direito do Consumidor", vols. 45/2003, Jan-Mar/2003, ps. 26-49: "O direito antitruste e o de proteção ao consumidor podem ser vistos, em termos econômicos, como voltados a identificar e compensar estes dois tipos de falhas de mercado".

(19) MACCULLOCH, Angus, "The consumer and competition law", en HOWELLS, Geraint - RAMSAY, Iain - WILHELMSSON, Thomas - KRAFT, David, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, p. 89.

(20) Véase BENJAMIN, Antonio H. - MARQUES, Claudia Lima - MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., RT, São Paulo, 2016.

(21) CASTELLANOS PFEIFFER, *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, ps. y 8 ss.

mico y la justificación valorativa máxima de las reglas de la competencia, mismo si el mercado y las empresas competentes son los destinatarios 'jurídicos' del derecho de la competencia (22).

Necesario tener claro que la luz que ilumina el diálogo de fuentes en derecho privado debe ser siempre la constitucional, son los valores dados —y no escogidos por el aplicador de la ley— de ahí que el resultado del diálogo de fuentes solo puede ser a favor del valor constitucional de protección de los más débiles, solucionando el aparente conflicto de normas (23).

En ambos los países, la protección de la competencia y del consumidor tiene rango constitucional. En Brasil, el art. 5º, XXXII de la Constitución brasileña de 1988 incluye la protección del consumidor en la lista de derechos fundamentales y en su art. 170, IV, considera a la competencia leal y la defensa del consumidor como dos de los principios constitucionales de la política económica brasileña. En Argentina, el art. 42 de la CN, originado por la reforma constitucional de 1994 (24), contempló el amparo al consumidor mencionando expresamente la competencia: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...".

Así no llama atención que la Ley de Defensa del Consumidor organice este diálogo. La ley 24.240, en su art. 3º regula la integración normativa con la Ley de Defensa de la competencia, afirmando la preeminencia de la ley más favorable al consumidor, como valor máximo de este diálogo de fuentes: "Las disposiciones

(22) SALOMÃO, Calixto Filho, *Direito concorrencial: as condutas*, Malheiros, São Paulo, 2003, ps. 81-84.

(23) LIMA MARQUES, Claudia, *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*, en LIMA MARQUES, Claudia (coord.), *Diálogo das fontes*, RT, São Paulo, 2012, ps. y 17 ss.

(24) SAHÍAN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 202.

de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Según manifestara el eminente jurista argentino, Ricardo Lorenzetti (25), con relación con el tema, en la economía de mercado produce un cambio de paradigmas sin precedentes, porque todos (deudores y acreedores, trabajadores y empresarios, ricos y pobres) estamos afectados por una debilidad, que no es individual sino colectiva, estructural frente a las reglas del mercado, posición que reviste un carácter permanente y que funciona como elemento activante de la protección en el derecho del consumidor.

Partiendo de esa premisa, se puede decir que el derecho de competencia deviene esencial en las economías de mercado, como la argentina y la brasileña, más aún, cuando las grandes corporaciones o multinacionales parecen estar detrás de las marcas más importantes; o los grandes grupos de comunicación que poseen desde editoriales, a toda una ramificación en la radiodifusión o en las telecomunicaciones (26).

Por lo tanto, el derecho de la competencia suele ser conceptualizado como el instrumento básico de la economía de mercado que asegura que los precios reflejan la relación real entre la oferta y la demanda, siendo capaz de una mayor redistribución de los recursos, y con mayor eficacia. La competencia expresa en su totalidad una mayor posibilidad de elección para los consumidores, junto con precios más bajos, innovación, más variedad y *bargain power* (27).

(25) LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos do direito privado*, Ed. RT, São Paulo, 1998, ps. 102 y ss.

(26) ALONSO DE FARIA, M., “La política de defensa de la competencia en el Mercosur frente a los objetivos de integración regional de los bloques económicos”, *ÁmbitoJurídico.com.br*.

(27) FRAZÃO, Ana, *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, Saraiva, São Paulo, 2017: “Já se viu que, em um contexto pós-Chicago. Reacendeu-se o debate em torno dos propósitos do Direito da concorrência, do que surge uma gama considerável de controvérsias. Entretanto, duvida não há de que, mesmo nessa fase, a

El derecho de la competencia debe propender a conseguir una productividad eficiente para maximizar el bienestar del consumidor (bienestar social), evitando los abusos de posición dominante y prácticas restrictivas en el comercio, sea a nivel nacional o internacional (28).

En materia de competencia, por lo general, las empresas no ven la competencia y la búsqueda del precio más bajo como prioridades, sino que su principal preocupación se centra en maximizar las ganancias, lo que da lugar a varios intentos de formar cárteles, monopolios o hasta mismo oligopolios, o sea actos contrarios a la competencia. La libre competencia, en consecuencia, tiene una colección de normas jurídicas destinadas a su promoción, disciplinando los comportamientos de la conducta de competencia adoptadas por los agentes económicos en el mercado, independientemente de la forma que se presenten (29).

En ese marco cuando determinadas circunstancias previstas en las normas de derecho de la competencia tengan por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, aparecerán normas de policía en materia de competencia para prohibir la su adopción, las cuales establecerán un conjunto de respuestas que obliguen a la adopción de nuevos comportamientos competitivos, más acorde con los hábitos y costumbres y el principio comercial de la competencia leal. Las prácticas comerciales dirigidas a mantener el equilibrio deberán ser

proteção ao consumidor continua sendo um dos propósitos que mais justificam a sua atuação” (p. 54). “...Não é sem razão que as atuais *Horizontal Merger Guidelines* norte-americanas deixam claro que não é apenas o preço que deve orientar a análise concorrencial, mas também a inovação, a variedade de produtos ou serviços e mesmo o número de competidores, a fim de assegurar as tomadas de preços e a barganha por parte dos consumidores” (ps. 54-55)

(28) CARPENA, Heloísa, *O consumidor...*, cit., p. 259.

(29) FRAZÃO, Ana, *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 55: “A autoridade concorrencial também precisa se basear em uma compreensão prospectiva e abrangente, o que exige a condenação de certas práticas que, em uma exame estático e momentâneo, poderiam até ser consideradas benéficas aos consumidores, mas analisadas em uma dimensão dinâmica e futura podem ser nefastas. Um exemplo desse desafio, é o preço predatório...”.

adoptadas entonces por las empresas y las normas sobre ayudas estatales concedidas por este pretenderán regular el funcionamiento de las fuerzas del mercado (30). En resumen, Heloísa Carpena afirma que la protección de la competencia no es un fin en sí mismo, pero un instrumento que tiene como objetivo el equilibrio de las fuerzas del mercado y garantizar las opciones de los consumidores (31).

Esta imposición acontece tanto dentro de los estándares nacionales, en las legislaciones internas de los países, las cuales rigen los comportamientos y las prácticas de la competencia cuyos efectos se ven limitados por territorio, sino también que conforman el llamado derecho de la integración en materia de competencia, que a su vez regulan las conductas y prácticas con impacto sobre la competencia de un espacio de integración, como el Mercosur.

III. Perspectiva argentino-brasileña en torno al tema. El revocado Protocolo de Fortaleza

Como manifestáramos, el abordaje del tema desde la perspectiva argentino-brasileña obedece a que, dentro del bloque regional, son estos los dos países que más avanzado en el desarrollo del derecho de la competencia y en la salvaguarda de ese derecho que conjuntamente con el de la “protección al consumidor”, tienen rango constitucional en ambos países.

III.1. En Brasil

La Constitución brasileña de 1988, en su art. 170, IV, considera a la competencia como uno de los principios de la política económica brasileña, toda vez que permite la intervención del Estado para garantizar la libertad de acción de las personas cuando sus acciones corresponden a un riesgo para la libre competencia del mercado, como se desprende de lo art. 173, § 4º, de lo mismo texto constitucional (32).

(30) ALONSO DE FARIA, “La política de defensa...”, cit.

(31) CARPENNA, Heloísa, *O consumidor...*, cit., p. 259.

(32) “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo

Según dicho precepto, el Estado debe permitir que la competencia fluya libremente, pero también puede intervenir, en caso de cualquier acción que ponga en peligro el desarrollo eficiente de la economía (33). De esa manera, la protección no solo para el correcto desarrollo de la competencia, sino también del propio consumidor y de los empresarios de pequeño y mediano porte.

Esta intervención es una forma en que el Estado garantice el buen funcionamiento del mercado, siendo que va a intervenir de forma coercitiva en los casos de abuso del derecho o del poder económico (34).

Otro instituto jurídico brasileño que se ocupa de la defensa de la competencia es la ley 12.529, de 30 de noviembre de 2011 (revocando la ley 8884) (35), también conocida como Ley de Defensa de la Competencia, que crea el SuperCADE y estructura el “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, aprobada en el sistema jurídico brasileño como una manera de mejorar el comportamiento del Estado frente a prácticas comerciales, con una política de mayor protección a la competencia y a los consumidores.

Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.[...];

§ 4º — A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

(33) BUCHAIN, Luis Carlos, “Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional”, en *Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito UFRGS*, vol. 9, nro. 1, Porto Alegre, 2014, p. 238.

(34) LIMA MARQUES, Claudia, “L’expérience de la codification et de la réforme du droit de la consommation au Brésil”, en MANIET, F. (ed.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Ivon Blais, Cowansville (Québec), 2005, p. 187.

(35) Lei 12.529/11, “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8137, de 27 de dezembro de 1990, o decreto-lei 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da lei 8884, de 11 de junho de 1994, e a lei 9781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências”. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

III.2. En Argentina

En Argentina, como mencionamos, el texto constitucional, reformado en 1994, trata la cuestión relacionada con la defensa de la competencia y la protección al consumidor en sus arts. 42 y 43(36).

(36) “Art. 42— Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

“Art. 43— Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Como complemento de su Constitución, la legislación argentina incluye la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, que vino a sustituir la ley anterior, ley 25.156, trayendo significativos cambios.

Al crear la Autoridad de la Competencia (37) expresa la cooperación con las asociaciones de defensa de los consumidores, afirmando en el art. 22: “Los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de consumidores y usuarios, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de quince (15) días a contar desde la publicación del resultado del concurso oficial, presentar ante el Ministerio de Producción de la Nación y ante la presidencia del Honorable Senado de la Nación, por escrito y de modo fundado y documentado, las observaciones que consideren de interés ex-

(37) Ley 27.442: “Capítulo IV - Autoridad de aplicación - Art. 18.— Créase la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley. La Autoridad Nacional de la Competencia tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquiera en el futuro por cualquier título. Tendrá su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pero podrá actuar, constituirse y sesionar en cualquier lugar del territorio nacional mediante delegados que la misma designe. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales. Dentro de la Autoridad Nacional de la Competencia, funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas. A los efectos de la presente ley, son miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia (i) el presidente y los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, (ii) el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas, quien será el titular de la Secretaría de Instrucción de Conductas y (iii) el Secretario de Concentraciones Económicas, quien será el titular de la Secretaría de Concentraciones Económicas. El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ejercerá la presidencia, la representación legal y la función administrativa de la Autoridad Nacional de la Competencia, pudiendo efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución. Las disposiciones de la ley de contrato de trabajo regirán la relación con el personal de la planta permanente”.

presar respecto de los incluidos en el proceso de preselección". También en materia de remoción del cargo se puede contar "con el previo dictamen no vinculante de una comisión *ad hoc* integrada por los presidentes de las comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados y de Industria y Comercio del Honorable Senado de la Nación" (art. 24). Y son funciones y facultades del Tribunal de Defensa de la Competencia: "Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades nacionales, provinciales o municipales, y a las *asociaciones de defensa de los consumidores y de los usuarios*, la documentación y colaboración que juzgue necesarias" (art. 28, f). La colaboración entre protección del consumidor y reglas de la competencia aparece muy clara en la nueva ley argentina.

También el art. 51 permite a las asociaciones de defensa del consumidor actuar como *amicus curiae*: "El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las autoridades públicas, provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados".

Este mayor desarrollo en ambos países es el que ha promovido la negociación de un instrumento específico de defensa de la competencia en el ámbito del Mercosur, llamado "Protocolo de Fortaleza" (38), en atención a la ciudad brasileña en que se ha firmado en 17 de diciembre de 1996. Si bien dicho Protocolo ha sido revocado (art. 32 del Acuerdo de Defensa de la competencia en el Mercosur, dec. 43/2010) ha sentado las bases para el tratamiento de la problemática en el seno regional, postulado que podría considerárselo incluido en el primer artículo del Tratado de Asunción (39): El Protocolo comprende un conjunto de procedimientos, dirigida a ar-

monizar las condiciones de competencia en los mercados internos de los países miembros del Mercosur, con el objetivo principal de evitar que los beneficios de la integración sean erosionadas por los obstáculos resultantes de conductas de empresarios o de políticas públicas.

En el caso del Mercosur, distintos autores han escrito sobre ese principio inmerso en el texto del Tratado fundacional (40).

Para lograr un aumento del intercambio de bienes y servicios dentro del Mercosur, en un marco de respeto al derecho de la competencia, se hace necesario una revisión de las leyes existentes en los Estados Partes sobre la materia, con miras a preservar el equilibrio empresarial, la protección a los consumidores de esos bienes y servicios y la búsqueda de la seguridad jurídica mediante la armonización de las decisiones derecho de la competencia para evitar prácticas lesivas o abuso del poder económico (41). En ese contexto se expidió el prestigioso especialista argentino, Félix Peña, de la siguiente manera: "En los países del Mercosur, en espe-

"Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

"El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

"La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

"El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".

(40) SARAVIA FRÍAS, B., *Anuario de derecho: Concentración empresarial y defensa de la competencia en el Mercosur*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 131 y ss.

(41) JAEGER JUNIOR, Augusto - SWANGER, Simon - JORGE, Mariana S., "A política de defesa da concorrência na União Europeia e no Mercosul: nova comparação de experiências recentes frente à revogação do Protocolo de Fortaleza", 2018 (inédito). Gracias a los autores por el envío.

(38) Protocolo de Fortaleza, aprobado por decisión del Consejo Mercado Común nro. 18/1996.

(39) "Art. 1º: Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará 'Mercado Común del Sur' (Mercosur).

cial La Argentina y el Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de política de competencia económica, tanto en la legislación, como en el desarrollo institucional y la experiencia práctica” (42).

A partir de ahí, puede decirse que se hace necesaria una colaboración internacional en la lucha contra las prácticas comerciales desleales y que, en materia de leyes antitrust, la política gubernamental de los Estados debe proteger.

En cuanto al revocado Protocolo de Fortaleza, se pueden identificar dos cuestiones, una vinculada al bien jurídico tutelado por tal normativa; y la otra referida al modelo que ella sigue, específicamente en lo que se refiere a la definición de conductas abusivas. En lo que refiere a las prohibiciones *per se*, el régimen del Mercosur, en particular, no incluye tales prohibiciones. De allí que frente a una conducta que restrinja la competencia o el acceso a un mercado o que constituya un abuso de posición dominante, deberá demostrarse algo más: que la conducta en cuestión afecta el comercio entre los Estados Parte. En general, los regímenes de defensa de la competencia suelen velar tanto por la protección de los consumidores como por la eficiencia económica. Cabe señalar que, estos dos objetivos no siempre coinciden, y en ocasiones la defensa de la competencia debe decidir cuál de los dos prevalece. En todo caso, la defensa de la competencia en el Mercosur, procura velar por algo distinto: del comercio entre sus miembros. Cabe destacar que en muchos casos la defensa de la competencia ha dependido en buena medida del desarrollo jurisprudencial para dar un contenido más preciso a las normas inevitablemente vagas que rigen la materia (43). Por su parte, a diferencia del Mercosur, los tratados fundacionales de la Unión Europea se encuentran con normas expresas sobre la protección de la competencia (44). Una de las mayores

diferencias radica en el carácter intergubernamental del espacio mercosureño.

Por último, merece destacarse que en el espacio integrado del Mercosur debe contribuir al establecimiento de un crecimiento armónico y equilibrado de las relaciones internacionales, tomado en cuenta las distintas categorías de empresas (pequeñas, medianas grandes), su necesario equilibrio mediante el fomento de competitividad, a la par de garantizar la protección integral al consumidor y el acceso al libre mercado.

IV. El Sistema del Derecho Internacional Privado en la defensa de la competencia y la protección al consumidor

La imagen de persona (*Menschenbild*) cambió en nuestra era postmoderna y globalizada y la protección internacional del consumidor o su actuación en el marco empresarial tiene una gran importancia coyuntural (45). Este cambio de visión, del *homo faber* (46) al *homo economicus et culturalis*, es ciertamente un gran desafío para el derecho internacional privado y su método clásico. El profesor Erik Jayme (47) ha advertido ya muy temprano en cuanto a la tendencia de materialización de las normas de conflicto, también sobre la tendencia a la codificación de la protección de los más débiles en leyes especiales, porque la aproximación de las normas legales materiales y consensos globales en este tema son muy difíciles de alcanzar.

En resumen, puede decirse que en el marco de los derechos en análisis y en las materias referidas, la Argentina y el Brasil han desarrollado la protección proactiva del consumidor por una parte y el derecho a la competencia por el otro, en un marco global, en coincidencia con lo que

(42) PEÑA, F., “Una política de competencia económica para el Mercosur”, *Artículos y Notas de Prensa* del 7/9/1917.

(43) CARRIZO ADRÍS, M. G., “El desarrollo del derecho de la competencia en el Mercosur”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, p. 626.

(44) GROSSMAN, L., *La defensa de la Competencia en el Mercosur*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 25/26 noviembre de 2008.

(45) LIMA MARQUES, C., “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, en *XX-VII Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, 2001, Rio de Janeiro, Washington, ps. 657 y ss.

(46) ARENDT, H., *Vita activa* (The Human condition, 1958), 5ª ed., Piper, München, 2007, ps. 375 y ss. e ps. 407 y ss.

(47) JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne”, *Recueil des cours* 251, The Hague, Kluwer, 1995, ps. 35 y ss.

el profesor Erik Jayme (48) ya había formulado, la dignidad de la persona en el siglo XXI como más compleja de lo que antes imaginábamos, incluida su actuación como consumidor.

Una persona que evoluciona a la luz del siglo XXI, y como manifestara el internacionalista brasileño Antonio Augusto Cançado Trindade, en cuanto a que, respecto al conflicto de leyes, la elección debe ser *pro homine* (49). Esta opción jus-política parece una especie de reacción a la globalización, a la apertura de los mercados, a la política de integración en el Mercosur, pero también en un deseo de países, como la Argentina y el Brasil de conformar dentro del Mercosur un mercado globalizado: para entrar en la sociedad de consumo contemporánea de forma plena y sentirse así protegidos tanto en su mercado nacional, como en la sociedad global. La modificación de la imagen de persona en la sociedad del consumo posmoderno y su reflejo en el derecho internacional privado. Hoy en día, la sociedad del consumo de tipo occidental (y de mercado) es dominante en el mundo.

En ese contexto se puede afirmar que el derecho internacional privado, desde su aparición científica, siempre ha tratado con él, ya sea como el *homo politicus* (con los nacionales y ciudadanos extranjeros, que viajan y migran de ciudad y de país, construyen familias multiculturales y dejan herencias en estos países “extranjeros”) o con el *homo faber* (productores, empresarios, comerciantes, inventores, trabajadores que firman negocios jurídicos que sobrepasan las fronteras y construyen una economía globalizada) en su dimensión internacional. Por su parte, con la internacionalización de los mercados nacionales, con la globalización de la economía y la revolución de las telecomunicaciones, las fronteras cayeron a todos, ricos y pobres, y cayeron hacia el “hombre común”, el consumidor, el pequeño o mediano empresario

o la víctima de productos y servicios defectuosos, no solo para los comerciantes. Este es el nuevo desafío del derecho internacional privado, que tiene en miras aprender y contribuir a la protección internacional del hombre nuevo, quién evoluciona a la imagen de la persona, un hombre para el siglo XXI.

La protección de la persona en la globalización parece ser el problema del futuro de esta disciplina, especialmente en lo que se refiere a las materias en tratamiento. Con el uso de la expresión socio-filosófica “posmoderna”, busca a Erik Jayme demostrar el carácter de nuestro tiempo y la ruptura de valores ocurrida. La hipótesis de trabajo de Erik Jayme, parte de que el derecho internacional privado, en la sociedad de la llamada era postindustrial y en la cultura de la llamada era postmoderna, acabó cambiando también su método, carácter y función. Esa sociedad abarca hoy las privatizaciones, el individualismo, el consumismo, el poder del mercado, la globalización, la intolerancia y la “convivencia” de paradigmas. Este derecho internacional privado posmoderno sería entonces resultado de transformaciones sociales y culturales, que a menudo contienen valores contradictorios, formando un sistema de nuevos principios del derecho.

En atención a ello es que se hizo un análisis y proyección de la importancia que puede alcanzar el derecho internacional privado en la búsqueda de soluciones que avancen respecto del mentado equilibrio. En ese contexto se puede apreciar una interacción de las soluciones de derecho público en el contralor, y del derecho privado en la preservación de los intereses del mercado, con especial consideración a los consumidores y de la pequeña y mediana empresa, y en la necesidad de su protección jurídica ante el desarrollo de la actividad de los grandes grupos. Siguiendo con esa línea, se entiende fundamental la utilización de métodos y herramientas del derecho internacional privado para garantizar el alcance de la protección o preservación del equilibrio más allá de las esferas locales. Así se podrá apreciar como normas materiales y de policía nacionales deberán ser miradas con una proyección más transfronteriza ante el posible impacto de la búsqueda del equilibrio en el contexto global.

(48) JAYME, E., “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”, en *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, nro. 1, mar. 2003, ps. 85 y ss.

(49) CANÇADO TRINDADE, A., “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (II)”, *General Course on Public International Law*, 317 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2005, ps. 9 y ss.

Como testimonio que da cuenta de la cooperación que puede brindar el derecho internacional privado en la búsqueda del equilibrio empresarial, se señalará un caso que se plantea desde la perspectiva argentina, pero que da cuenta del juego inmerso para el logro del equilibrio en materia de defensa de la competencia respecto de las partes más débiles.

Para referir la situación y para abrir la proyección hacia otros posibles escenarios que pueden plantearse, se parte de un reclamo que efectuaron algunos pequeños y medianos productores de harina de soja en la Argentina, que (a diferencia de lo que sí hicieron los productores brasileños y paraguayos) no celebraron acuerdos privados con las multinacionales proveedoras de un gen transgénico que permitió, en sus inicios, la multiplicación de la siembra de la producción original de semillas. Cabe referir que la actitud de los empresarios argentinos se basó en que el gen no se encontraba patentado en la Argentina por la multinacional y si se hallaba protegida la producción de harina por la “ley de semillas” que permitía su utilización.

El problema surge no con la normativa local argentina (normas materiales y de policía) reguladoras de la producción y de la exportación, sino al llegar la harina Europa, donde se plantea el reclamo de la multinacional ante los tribunales europeos, donde la multinacional tiene patentado el gen, por lo que demanda al importador, exigiéndole un plus por tonelada de harina importada en concepto de regalías, atento que la harina contiene el gen en las semillas que fueron utilizadas para su producción.

Sin perjuicio de la solución a la que se llegó en la “Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 6 de julio de 2010”, merecen señalarse las incautaciones de la producción de harina

importada ordenadas en el espacio europeo y los consiguientes gastos y perjuicios sufridos, mientras tramitaba el juicio (más de cinco años), para advertir, en consecuencia, los riesgos que se le presentan a los pequeños y medianos productores, que evidencia el fuerte desequilibrio entre estos y el poder de las multinacionales ante la falta de derecho de la competencia armonizado y de políticas protectoras.

Finalmente, solo resta concluir como corolario que ejemplos como el que se desarrollara hacen pensar que el juego del derecho internacional privado y su sistema, tal como fueron planteados en el presente trabajo pueden colaborar y servir de gran ayuda ante casos similares, hasta tanto se llene el vacío normativo institucional detectado.

V. Observaciones finales

Desde la perspectiva argentino-brasileña, se comprobó la clara vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor en derecho interno. Las dos disciplinas son complementarias y hay una necesaria coordinación entre derecho de competencia y consumo, inspirada por los valores constitucionales en los dos países.

Brasil y Argentina, en la región, son los países que más han avanzado en materia normativa e institucional para implementar una verdadera política de defensa de los intereses de los más débiles en sus economías, ahora completada con la instrumentación con los organismos de contralor necesarios. De la revocación del Protocolo de Fortaleza parece desprenderse que en varios de los Estados Parte del Mercosur siguen principalmente una política nacionalista, que dificulta avanzar en una política común entre ellos, que es la meta de todos los procesos de integración regional y de la globalización.

Relaciones y complementariedad entre el Derecho del Consumidor y la Defensa de la Competencia

WALTER F. KRIEGER (*)

I. Introducción. Dos herramientas para un mismo fin

A partir de los nuevos paradigmas en el estudio de la economía inaugurados con las teorías de la información asimétrica de Akerlof, Stiglitz y Spencer —quienes fueron galardonados con el premio Nobel de economía en el año 2001— se ha cambiado la manera en la que se piensa la relación entre el derecho y la economía.

En este sentido, las teorías de Joseph Stiglitz denotan la necesidad de una regulación de los mercados mediante la tutela de los derechos de los consumidores y políticas que incentiven la competencia, como herramientas que tienden hacia la realización de la utopía del “mercado perfecto” (1).

Es por ello que podemos observar en el plano normativo argentino, como se han vinculado las leyes que regulan la defensa de la compe-

tencia y la tutela de los derechos de los consumidores, tomando el derecho de los consumidores institutos con origen en la defensa de la competencia (2).

Este “diálogo de fuentes”, entre el sistema de protección del consumidor y el de protección de la libre competencia, en definitiva, surge en razón de que ambos sistemas constituyen herramientas complementarias para el desarrollo de mercados libres y con menos desigualdades, lo que redundaría en claros beneficios a los consumidores que intervienen en los mismos.

Señalan en este sentido Feld y Tambussi lo siguiente:

“Lo que suceda en el mercado es de directa incidencia en los derechos del consumidor y, en definitiva, en su suerte. En el necesario abordaje interdisciplinario del fenómeno del consumo, la visión micro o macro económica del ámbito en que se lleva a cabo la relación de consumo es imposible de soslayar para un buen diagnóstico, para la correcta aplicación de la legislación y la medición de sus consecuencias” (3).

(2) Puede mostrarse como ejemplo el art. 1099 del Cód. Civ. y Com. en tanto considera como “restricción a la libertad de contratar” la práctica de subordinar la adquisición de un bien o servicio, a la adquisición simultánea de otro; siendo el antecedente de dicha norma el art. 2º, inc. j) de la ley 25.156.

(3) FELD, Nicole - TAMBUSI, Carlos E., “Primeras reflexiones sobre la nueva ley de defensa de la competencia”, LL Online, AP/DOC/402/2018.

(*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UCES). Posgraduado en daños causados por el sistema de salud (Universidad Menéndez Pelayo, España). Profesor de Derecho Civil I, Obligaciones y Daños (UCES). Profesor de Contratos (UBA / UCA / USAL). Profesor de Derecho del Consumidor (UCA). Profesor de Seminario de Doctorado en UCA y profesor de posgrados en las Universidades UCA, USAL, Univ. Austral, UCES y ESEADE. Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Director de Proyectos de Investigación en Defensa del Consumidor de la UCA (Proyectos IUS).

(1) STIGLITZ, Joseph, “La información y el cambio de paradigma en la ciencia económica”, *Revista Asturiana de Economía*, nro. 25, 2002.

Esta afirmación de Feld y Tambussi, es coincidente en lo afirmado por Rópolo en tanto sostiene que

“Mientras la Ley de Defensa del Consumidor busca proteger al consumidor en forma directa en cuanto parte más débil de la relación de consumo, la Ley de Defensa de la Competencia protege al consumidor de manera indirecta, a través de la protección de la competencia en un sistema de libre mercado... En este sentido, la Ley de Defensa de la Competencia no protege a un consumidor individual frente a un proveedor particular. Protege por el contrario, a todos los consumidores y los protege de manera indirecta, a través de la protección del mecanismo de mercado. Es si se quiere una protección a nivel macro” (4).

De este modo, iremos desarrollado entonces, como las necesidades de regulación del mercado requieren a la par de ambos sistemas para el cumplimiento de un objetivo esencial para el desarrollo social y económico; la protección de los consumidores y usuarios, a nivel particular en un caso, y a nivel general en el otro.

II. La teoría de la “información” de Spencer y Stiglitz. Su impacto en el derecho de los consumidores y en la defensa de la competencia

Enseñan Acciarri, Tolosa y Castellano(5) que en la clase de intercambios que denominamos “de consumo”, se presenta un problema de asimetría de la información entre consumidores y proveedores. Este problema, señalan los autores, redundan en una serie de consecuencias negativas sobre el mercado a saber: a) el oportunismo(6);

b) la selección adversa(7); y, c) la existencia de “externalidades negativas” (8).

Por otro lado, explica Rópolo(9) que la noción de “competencia” es la libertad de los mercados, en donde los compradores y vendedores interactúan libremente entre sí a fin de asignar de una manera eficiente los recursos económicos, los que, por definición, son escasos.

Surge en forma evidente, entonces, el problema central a atacar a través de los dos sistemas, el de la defensa de la competencia y el de la defensa de los consumidores; la asimetría en la información con la que cuentan los actores en el mercado como génesis de las desigualdades estructurales del mismo.

Es que, si la competencia requiere del “libre intercambio entre compradores y vendedores”, esta libertad claramente no será tal en la medida en que una de las partes del intercambio posea dicha libertad restringida por falta de información. No podemos sostener que un sujeto es realmente libre para decidir si quiere participar de un determinado intercambio de bienes o servicios, y en caso afirmativo, que pueda comprender la extensión de sus obligaciones y ponderar su conveniencia; sino posee toda la información necesaria para tomar esa decisión.

Visto desde esta perspectiva, la deficiencia en el cumplimiento del deber de información que impone el art. 4º de la LDC, y el art. 1100 del Cód. Civ. y Com., constituye en consecuencia, una afectación tanto al consumidor en particular, como a la competencia en general.

(4) RÓPOLO, Esteban, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 218.

(5) ACCIARRI Hugo - TOLOSA, Pamela - CASTELLANO, Andrea, “Análisis económico del derecho del consumidor”, en SOLÁ, Juan Vicente, *Tratado de derecho y economía*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, ps. 101043 y ss.

(6) El oportunismo entiende que dadas las circunstancias adecuadas los sujetos procurarán obtener una ventaja aún en forma desleal.

(7) La “selección adversa” se produce cuando los consumidores, por falta de información, expulsan un bien de calidad del mercado. Los autores referidos explican la situación citando a Akerlofy el ejemplo de la compraventa de automóviles usados, donde los consumidores saben que existe diversidad de calidades, pero al no poder distinguir estas diferencias antes de tomar la decisión de adquirir el vehículo, ofrecerán un precio por el vehículo previendo que recibirán un bien de calidad inferior a la aparente.

(8) Estas “externalidades negativas”, enseñan Acciarri, Tolosa y Castellanos, se configuran cuando la conducta de un sujeto produce una disminución o aumento en el bienestar del otro, sin que el primero compense o sea compensado por este efecto.

(9) RÓPOLO, Esteban, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa...*, cit.

En efecto, el texto del art. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia señala que se encuentran prohibidas las conductas que “falseen” la competencia “o el acceso al mercado”.

De seguirse entonces lo postulado por Rópolo (10) en cuanto a que la competencia constituye en la puja de los proveedores para que un tercero (consumidor) elija libremente un producto, podemos sostener claramente que el cumplimiento deficiente en el deber de información constituye una práctica que distorsiona el libre acceso al mercado.

Más aún, un análisis de la Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo sobre prácticas empresariales desleales, deja bien en claro, como la distorsión en la información constituye una alteración al libre acceso al mercado.

Señala la norma europea que se constituye como “práctica desleal”, toda conducta del proveedor que “distorsione la conducta económica del consumidor medio” en relación con un producto; clasificando luego la norma en conductas “engañosas” o “conductas agresivas” las que pueden tener dicha virtualidad.

Respeto de las prácticas engañosas, señalan los arts. 6º y 7º que son prácticas engañosas tanto las acciones, como las omisiones, que afecten la libertad del consumidor de tomar una decisión razonada respecto de si desea o no determinado producto o servicio.

Así dadas las cosas, partiendo entonces de que el mercado en las relaciones de consumo posee una desigualdad estructural dada por la disparidad en la información que manejan consumidores y proveedores; toda conducta que tienda a explotar esa distorsión ya sea brindando información falsa o en formas incomprensibles para quienes serán destinatarios de los bienes o servicios en cuestión; ya sea ocultando información, no solo infringe las normas de los arts. 4º de la LDC y 1100 del Cód. Civ. y Com., sino que además “falsea” el acceso al mercado.

III. Prácticas comerciales agresivas. Trato digno y discriminación

Hemos señalado en el punto anterior que la directiva europea 29/2005 considera como práctica desleal toda conducta del proveedor que “distorsione la conducta económica del consumidor medio”.

Asimismo, Rópolo (11), señala que el bien tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia es el interés económico general. Ello es, que las conductas de los proveedores en nuestro sistema serán punibles en la medida que conlleven una afectación a dicho interés. Si bien el alcance preciso del concepto de “interés económico general” es motivo de un profuso debate en la doctrina y la jurisprudencia; coincidimos con el autor en destacar que dicha afectación siempre se encontrará configurada en la medida en que la conducta afecte a los consumidores.

Siendo ello así, podemos señalar que algunos ejemplos considerados en el art. 3º como de afectación a la competencia “en la medida que se den los supuestos del art. 1º”, siempre deberán ser considerados como prácticas contrarias a la ley, en tanto, al vulnerar derechos de los consumidores, afectan por un lado el interés económico general, y por el otro lado, limitan o restringen el acceso al mercado.

En este caso, nos referimos a los supuestos concretos contemplados en los incs. g), h) e i) del mencionado art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia.

Los tres supuestos referidos, la denominada “venta atada” (inc. g)), la imposición de condiciones discriminatorias de contratación (inc. h)) y el incumplimiento injustificado de las condiciones de contratación (inc. g)), en la medida en que se den en una relación de consumo, siempre constituirán una práctica que ha de ser sancionada por la autoridad de aplicación.

En el caso de la denominada “venta atada”, ello es, la subordinación de la provisión de un producto a servicio a la adquisición de otro producto, ya sea del mismo proveedor, ya sea

(10) RÓPOLO, Esteban, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa...*, cit.

(11) RÓPOLO, Esteban, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa...*, cit.

de otro distinto, constituye un supuesto de una tutela mucho más amplia que debe perseguir la ley, como ser la protección de la autonomía privada del consumidor.

Explican Hernández y Frustagli (12) que el criterio del legislador en el texto del art. 1099 del Cód. Civ. y Com. es amplio y la mención del supuesto de la “venta atada” es solo un ejemplo de conducta abusiva que deviene contraria a derecho.

Entendemos entonces, que de igual modo distorsionan el acceso al mercado por parte de los consumidores, todas aquellas prácticas que de alguna forma, y tal como lo explicita el art. 8º de la Directiva 29/2005 condicione “mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado”.

Resulta interesante en este sentido, detenernos en los supuesta que da el Anexo I de la mencionada directiva y en los cuales se presumirá la existencia de una práctica agresiva; ello para considerar otras conductas que, sin estar mencionadas en el art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia, constituyen igualmente prácticas que de algún modo afectan el libre acceso al mercado por parte de los consumidores y usuarios, distorsionando así su libertad de elección —ello es— la libre competencia.

Señala entonces la norma, que constituyen una práctica comercial desleal los siguientes procedimientos: a) Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato; b) Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de este de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una

obligación contractual; c) Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado; d) Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales; e) Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convengan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados; f) Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado); g) Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio; h) Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: i) no existe tal premio o ventaja equivalente, o ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

A su vez, las conductas descritas en el inc. h) del art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia (prácticas discriminatorias), entendemos también que debe inscribirse en un concepto mucho más amplio, como ser la de prácticas que afecten en algún modo la dignidad del consumidor en los términos del art. 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 1097 del Cód. Civ. y Com.

Siguiendo entonces a Hernández y Frustagli (13), resulta razonable exigir a los actores del mercado la sujeción de sus conductas a los estándares mínimos de la dignidad de la persona

(12) HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dir.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 366.

(13) HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dir.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), *Código Civil...*, cit.

que imponen los tratados de derechos humanos y la Constitución Nacional. Así, resulta lógico entender que la conducta “discriminatoria” a la que alude el inc. h) art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia, constituye, de por sí, una afectación al trato digno y equitativo que la norma impone a los proveedores.

Sostenemos que debe entenderse que la afectación del trato digno a los consumidores constituye tanto una afectación a sus derechos individuales, como una conducta de competencia desleal en tanto distorsiona el acceso al mercado y crea un daño al interés económico general.

Explican en este sentido Miñano y García (14) que la discriminación (entendiendo a la misma como la elección de una preferencia en la contratación basado únicamente en cuestiones subjetivas de la personalidad), más allá de los reproches morales, en términos económicos, generan distorsiones en la formación de precios, en tanto, la acción de discriminar conlleva un costo derivado de la reducción del mercado y la limitación de la oferta, que termina siendo absorbido por los consumidores y usuarios.

Asimismo, no podemos dejar de señalar que nuestro legislador ha querido ser particularmente severo con la sanción de estas conductas en el marco de la protección de los consumidores, dejando en claro en el último párrafo del art. 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor, deben ser sancionada con la aplicación de un daño punitivo contra el proveedor que incurra en estas conductas.

Por ello, toda conducta del proveedor que sea “discriminatoria” o que exponga a los consumidores a situaciones vergonzantes, humillantes o vejatorias (art. 1097 del Cód. Civ. y Com.), puede ser atacada tanto en forma individual por parte del propio consumidor afectado, como en forma general al considerarse dichas acciones como contrarias al interés económico general en tanto generan distorsiones en el acceso al mercado.

(14) MIÑANO, Maritza - GARCÍA, Gustavo, *El derecho y la economía de la discriminación en el consumo*, Thomson Reuters, Lima, 2014, ps. 37 y ss.

En último término, nos queda por pensar el supuesto del incumplimiento injustificado de las condiciones de contratación.

Consideramos en este caso que el espectro de protección también ha de ser más amplio en la medida en que la conducta se despliegue en el marco de relaciones entre proveedores y consumidores.

Es que la norma, en este supuesto habrá de compatibilizarse con el texto del art. 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y extender la protección, o en este caso, la conducta prohibida, ya no al incumplimiento de las condiciones de contratación, sino al incumplimiento de la oferta formulada.

Cabe recordar que por imperio del art. 8º de la Ley de Defensa del Consumidor, aquello que ha sido ofertado al consumidor es considerado como parte del contrato, de modo que adquiere, una vez celebrada la contratación, la virtualidad de poder se exigido su cumplimiento en las condiciones promocionadas.

Esta regulación normativa, ciertamente, persigue evitar la propagación de publicidades con promesas falsas que incentiven al consumidor a adquirir un producto o un servicio en procura de un resultado que luego no habrá de producirse.

Siendo ello así, resulta evidente la afectación al interés económico general que genera la conducta de un proveedor que incentiva la contratación de sus productos o servicios, mediante la promoción de falsedades o inexactitudes.

Sin duda alguna, se relaciona esta situación con todo lo ya explicado en el punto anterior respecto de la explotación de la asimetría en la información que poseen consumidores y proveedores en el mercado, ello, para la obtención de un provecho económico.

Por lo tanto, cuando la norma del inc. i) del art. 3º de la Ley de Defensa de la Competencia considera conducta contraria a la norma al incumplimiento de las condiciones de contratación; entendemos, que debe extenderse en el marco de las relaciones de consumo, al incumplimiento de la oferta tal como ha sido publicitada.

IV. El abuso de la posición dominante. Afectación al mercado y a los consumidores

El problema del abuso de la posición dominante en el mercado ha sido un problema que ha ocupado la atención desde el comienzo de la protección de la competencia con la sanción de la "Sherman Act" en Estados Unidos y desde 1923 con la ley 11.210 en nuestro país.

Tales son las consecuencias negativas de la explotación de la posición dominante en el mercado, y tal es la vinculación de la regulación del instituto no solo desde las leyes de la competencia, que el legislador de la ley 26.994 que puso en vigencia en el nuevo Cód. Civ. y Com. se ocupó del tema en el art. 11 de dicho cuerpo normativo, considerando dicho accionar como contrario al principio general de la buena fe y como un ejercicio irregular de un derecho.

Señala en este sentido Varizat (15) que la remisión al texto del art. 10 del Cód. Civ. y Com. de abuso del derecho que realiza el art. 11 de dicho cuerpo normativo, resulta atinado no solo en función de que el abuso de la posición dominante constituye un supuesto de abuso del derecho, sino, además, que rescata la función preventiva que debe adoptarse tanto en materia de abuso del derecho (art. 10, último párrafo del Cód. Civ. y Com.), sino también en materia de defensa de la competencia, donde el rol principal de la norma apunta a la evitación de la concentración del mercado y a la prevención de una constitución de una posición dominante.

Sin embargo, coincidimos con Acosta (16) en cuanto a que el abuso de la posición dominante ha ganado autonomía en relación con el instituto del abuso del derecho. Señala además el autor que el abuso del derecho se diferencia del abuso de la posición dominante en tanto el primero nace de un derecho legítimo que se ejerce en forma irregular; el segundo, es un accionar de por sí ilegítimo sancionado por la norma.

Así dadas las cosas, explica Martínez Medrano (17) que, para la existencia del abuso de una posición dominante, se debe determinar primero la existencia de poder en el mercado del presunto infractor, para luego determinar que hace un ejercicio abusivo de dicha situación privilegiada.

A su vez, siguiendo los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "YPF s/ley 22.262" (18), señala el referido Martínez Medrano (19), que la determinación del abuso se sostiene en la existencia de una afectación por parte de quien tiene la posición privilegiada a la "eficiencia" en el mercado.

Así, y coincidiendo con el autor, la afectación a la eficiencia en el mercado, para la Corte Suprema de Justicia, no es una consecuencia del ejercicio abusivo de la posición dominante, sino que es la causa que demuestra justamente la existencia de dicho abuso.

No ahondaremos en este trabajo sobre el instituto de la posición dominante en sí, en tanto entendemos que el mismo, por su extensión, amerita la elaboración de un trabajo abocado a su análisis en forma exclusiva; sin embargo, tomaremos los parámetros hasta aquí desarrollados a los fines de observar como el abuso de la posición dominante repercute en forma directa sobre los consumidores individuales.

Así, resulta interesante observar el argumento dado por el Tribunal Penal Económico que dictó la sanción a YPF que motivara el fallo de la CS citado.

Señala dicho Tribunal que la afectación a la eficiencia del mercado se produce cuando existe una transferencia del conjunto de los consumidores hacia los proveedores.

Esta afirmación, permite determinar una pauta objetiva para observar la existencia de un abuso de una situación de privilegio en el mercado, en tanto, en la medida que las conductas desplegadas por el proveedor causen una trans-

(15) VARIZAT, Andrés, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dir.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), *Código Civil...*, cit., p. 13.

(16) ACOSTA, Miguel Ángel, "El abuso de la posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2017-II-1031.

(17) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "El abuso de la posición dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", JA 2002-III-389.

(18) CS, 2/7/2002, LL Online 20022975.

(19) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "El abuso de la posición...", cit.

ferencia de recursos y riesgos de los consumidores hacia los proveedores, dicha conducta habrá de ser de reprochada por contraria a la ley.

Ahora bien, cierto es que el concepto de “transferencia de recursos” parecería ser incierto y amplio dado que, en alguna medida, ello es lo que ocurre en todo intercambio comercial.

Por ello, entendemos que al referirnos a “transferencia de recursos”, ineludiblemente nos referimos a aquellos que se producen con exceso a los que normalmente habrían de producirse en el marco de un mercado eficiente (el excedente en el precio de un bien causado por ser el único proveedor de un producto en el mercado, p. ej.).

Esta “transferencia”, puede ser materializada de diferentes formas, como ser mediante la imposición de condiciones abusivas de contratación, la manipulación del precio mediante la restricción de la oferta, etc.

En consecuencia, el ejercicio abusivo de los privilegios que otorga tener una determinada

posición de fortaleza en el mercado deriva en una “transferencia irregular” de recursos de los consumidores hacia los proveedores, con las evidentes afectaciones a los primeros, y a la economía en general que ello implica.

V. Conclusiones

En razón de lo hasta aquí desarrollado, entendemos que ha quedado en evidencia la estrecha relación entre la defensa de los consumidores y usuarios y la protección de libre competencia, en tanto ambas normas constituyen herramientas para un mismo fin.

Por otro lado, hemos podido observar como determinadas conductas, a la hora de ser consideradas en el marco de las relaciones de consumo, deben ser miradas con el prisma de la Ley de Defensa del Consumidor para entender la manera en la que encuadran en la tipología descripta en el art. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia: conductas que afecten el acceso al mercado o la competencia en el mismo, causando un daño al interés general.

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-

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”.

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.

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 cuenta 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 *auctoritas*; 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 *auctoritas*. 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.

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE CUESTIONES
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**
.....

La oferta de bienes y servicios en Argentina: áreas críticas

GUILLERMO SABBIONI (*)

I. Introducción

En este trabajo se identifican un conjunto de áreas de la economía argentina que podrían considerarse críticas desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Por razones expuestas en detalle a lo largo del artículo, los sectores aquí identificados merecerían ser estudiados con mayor profundidad, mediante las herramientas de análisis económico utilizadas habitualmente en el ámbito de la defensa de la competencia.

Identificar posibles áreas críticas es importante debido al impacto perjudicial que la falta de competencia ocasiona en el bienestar económico. Cuando la competencia no funciona de manera adecuada, los precios son más altos que si existiera una competencia apropiada. Como consecuencia de los altos precios, el volumen transado en el mercado es menor al que se observaría si la competencia funcionara. Así, el menor volumen comercializado impacta negativamente en el bienestar general, ya que dejan de realizarse transacciones que ocurrirían de no mediar estos problemas.

La estructura del artículo es la siguiente. En primer lugar, se resumen los indicios que, según la literatura económica, sugieren que un sector económico podría no funcionar de manera competitiva. Luego se presentan algunas áreas de la economía argentina que podrían ser críticas desde este punto de vista, debido a que reúnen algunos de los indicios mencionados en la literatura económica. En tercer lugar, se brinda el ejemplo de un mercado donde se acumulan muchos de los problemas de competencia identificados. Al final del artículo se proponen algunas conclusiones.

II. Indicios de problemas de competencia

Las razones por las cuales un sector merece ser investigado se derivan de las prescripciones que surgen de la teoría económica. Estas recomendaciones son el resultado de estudios realizados por reconocidos académicos, quienes han advertido respecto de las señales que podrían indicar que un mercado no funciona competitivamente.

A grandes rasgos, la falta de competencia se materializa a través de efectos unilaterales o efectos coordinados. Los efectos unilaterales son los que se observan cuando una firma con poder de mercado abusa de él, mientras que los efectos coordinados ocurren cuando un grupo de firmas con poder de mercado deciden no competir. En general, la decisión de no competir se implementa a través de acuerdos, mediante los cuales las empresas fijan coordinadamente precios y/o cantidades, o se reparten

(*) *Ph.D. in Economics (University of Florida)*. Managing Partner en EconLogic Consulting. Director del Doctorado en Administración de Empresas y Profesor en la Universidad Católica Argentina (UCA). Previamente fue Director del Departamento de Economía en UCA, Profesor Invitado en el MBA en Universidad Torcuato Di Tella y Associate en *The Brattle Group* en Washington, DC.

clientes y/o mercados geográficos. En cuanto a los factores que facilitan estos efectos coordinados, a veces llamados acuerdos de colusión o cartelización, la literatura especializada sugiere revisar las siguientes cuestiones (1).

II.1. Concentración

Dado que un acuerdo colusivo requiere necesariamente de la coordinación entre empresas, de manera de verificar que todas cumplen con lo pactado, las chances de fracaso son altas si el mercado no está concentrado. Si existen muchas empresas, las probabilidades de sostener un acuerdo colusorio son bajas, ya que verificar el cumplimiento o detectar desviaciones es difícil y costoso. En virtud de esto, desde el punto de vista de la defensa de la competencia no vale la pena investigar mercados donde no existe concentración.

II.2. Simetría

En línea con (y condicionado a) lo anterior, el acuerdo colusivo es más fácil de implementar cuanto más parecidas son las empresas entre sí, desde el punto de vista de costos, capacidad de producción o tecnología. De lo contrario, aun cuando la cantidad de jugadores sea reducida, un acuerdo de cartelización va a requerir un mecanismo de monitoreo más sofisticado.

II.3. Homogeneidad del producto

De manera análoga al punto anterior, cuanto mayor es la variedad de los productos o servicios, más complicadas serán las herramientas de monitoreo requeridas para que el acuerdo colusorio sea exitoso. En consecuencia, las chances de colusión son más altas cuanto más homogéneos son los productos ofrecidos por las diferentes empresas. Consistente con esto, cuando la innovación y la aparición de nuevos productos juegan un rol importante, la probabilidad de sostener un acuerdo colusorio se reduce.

II.4. Barreras de entrada: cuestiones legales y regulatorias

En general, las autorizaciones y permisos para operar en un mercado tienen el objetivo de garantizar la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen. Sin embargo, debido a que la entrada de nuevos jugadores se torna más improbable cuando se requiere del otorgamiento de permisos y autorizaciones, el efecto secundario es que se restringe la competencia y aumentan las chances de observar acuerdos colusorios. En consecuencia, los mercados caracterizados por la presencia de permisos y restricciones a la entrada pueden ser críticos desde la óptica de la defensa de la competencia.

II.5. Barreras de entrada: economías de escala

Aun cuando no existan barreras legales al ingreso, existen mercados en los cuales la presencia tiene sentido económico solo si se produce por encima de un volumen mínimo. Esto sucede en industrias intensivas en capital, donde no es rentable producir volúmenes reducidos. En consecuencia, los acuerdos de cartelización tienen mayores chances de surgir cuando existen escalas mínimas de producción, las cuales reducen las posibilidades de que ingresen nuevos jugadores.

II.6. Barreras de entrada: aranceles a la importación

Los elevados aranceles a la importación también contribuyen a generar un entorno propicio para la cartelización. Cuando el efecto disciplinador de la competencia extranjera es débil, debido a la presencia de aranceles a la importación (o a barreras para-arancelarias), los jugadores locales tienen más chances de sostener acuerdos colusorios, o de abusar de una posición de dominio.

II.7. Transparencia de información

Cuando los precios y volúmenes transados no se observan con facilidad ni con frecuencia, se complica el monitoreo de un acuerdo de cartelización. Por el contrario, cuando los precios y volúmenes se conocen fácilmente dentro de la industria, el sostenimiento de un acuerdo tiene mayores chances de éxito, debido a las posi-

(1) Ver p. ej. MOTTA, M., *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, capítulo 4. Ver también PEPALL, L. - RICHARDS, D. - NORMAN, G., *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications*, 5th Edition, Wiley, 2014, cap. 14.

bilidades de implementar un mecanismo de control. Consistente con esto, las cámaras empresarias suelen ser útiles a los efectos de llevar adelante acuerdos colusorios, ya que pueden servir como vehículo para un ágil flujo de la información entre los involucrados.

II.8. Regulaciones: precios máximos y mínimos

Si bien un precio máximo pareciera orientado a favorecer a los consumidores, también puede tener el efecto contrario, dado que facilita la coordinación entre jugadores. De este modo, si las empresas no tienen claro cuál puede ser un precio colusorio apropiado, la aparición de un precio máximo por ley despeja el camino (2). En otras palabras, si existe un precio máximo legal, las empresas que estarían en condiciones de cobrar un precio inferior no tienen demasiado incentivo para hacerlo. Algo similar sucede con los precios mínimos establecidos por ley. Cuando ningún jugador puede cobrar un precio por debajo de un valor legal, la competencia se resiente.

II.9. Cláusula: “igualamos el precio de nuestro competidor”

Este tipo de anuncios, si bien parecieran favorecer a los consumidores, también pueden consistir en un mecanismo que dificulta la competencia. Esto sucede por dos canales diferentes y simultáneos. El primero es el de facilitar la transparencia de los precios que se están cobrando en el mercado, dado que los propios clientes contribuyen al flujo de la información. El segundo es el mecanismo de coordinación en que dicha cláusula se convierte, dado que la empresa que la anuncia implícitamente está advirtiendo a sus competidores que no tiene sentido bajar los precios (en un intento de captar clientes adicionales), ya que cualquier reducción será automáticamente igualada por quien lanza el anuncio.

(2) En Teoría de los Juegos, cuando existe lo que se denomina un *focal point*, se allana el camino hacia uno de los muchos equilibrios posibles del juego (ver p. ej. WATSON J., *Strategy, An Introduction to Game Theory*, 3rd ed., W. W. Norton & Company, 2013, p. 72).

III. Posibles sectores críticos

Debido a los problemas que ocasiona la falta de competencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha realizado recientemente una serie de investigaciones de mercado en sectores posiblemente críticos. Para algunos de estos sectores, la CNDC ha divulgado los resultados de dichas investigaciones, mientras que, para el resto de los mercados, los resultados todavía no se encuentran disponibles públicamente. La Tabla 1 a continuación presenta estos sectores investigados por la CNDC.

Tabla 1. Sectores Recientemente Investigados por la CNDC

Sectores	Resultados Disponibles Públicamente
Lácteos, Yerba, Carne Vacuna, Jabón y Detergente Para Ropa, Tarjetas y Medios de Pagos Electrónicos, Aceite, Autotransporte Interurbano de Pasajeros, Servicios Portuarios, Aceros No Planos	Sí
Aluminio, Petroquímica, Cemento, Agroquímicos, Transporte Aéreo, Comunicaciones Móviles, Supermercados, Medicamentos, Siderurgia (excepto Aceros No Planos)	No

Fuente: Elaboración propia con base en CNDC, Ministerio de Producción, y medios nacionales (3).

Las principales razones por las cuales la CNDC ha investigado y sigue investigando mercados es que en ellos se presentan alguna/s de las características resumidas en el apartado an-

(3) Ver <https://www.produccion.gob.ar/2016/04/02/la-cndc-investiga-once-sectores-por-presuntas-fallas-de-competencia-51094>; <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia/estudiosdemercado>; <https://www.cronista.com/economiapolitica/Esteban-Greco-presidente-de-Defensa-de-la-Competencia-Queremos-incentivar-la-competencia-no-perseguir-empresas-20160512-0091.html>; <https://www.lanacion.com.ar/2044976-cruzada-antimonopolios-los-sectores-que-estan-bajo-la-lupa-por-problemas-en-la-competencia>.

terior. Así, luego de finalizadas cada una de estas investigaciones de mercado, la CNDC procedió a realizar recomendaciones a entes reguladores u otros organismos, o coordinó un proceso de desinversión, o inició alguna investigación por posible abuso de posición dominante.

El problema es que existen innumerables mercados en la economía argentina, y por lo tanto es posible que haya otras áreas críticas que también deben ser investigadas, adicionales a las mencionadas en la Tabla 1. En este sentido, los Informes y Datos de Cadenas Productivas, elaborados por la Secretaría de Política Económica, podrían ser un buen punto de partida para identificar otros sectores potencialmente críticos (4). Estos Informes describen analítica y estructuralmente a una serie de cadenas de valor del aparato productivo argentino, incluyendo aspectos como la configuración de relaciones económicas, el proceso productivo y su evolución, la localización territorial y la incidencia de las políticas públicas, entre otras cuestiones.

La revisión de estos Informes a la luz de las prescripciones precedentes permite sugerir que existen otros sectores posiblemente críticos desde la óptica de la defensa de la competencia. Si bien los Informes de la Secretaría de Política Económica son realizados con objetivos diferentes al de este artículo, resultan útiles para identificar industrias donde se presenten algunos de los factores recopilados en el apartado anterior.

La Tabla 2 debajo presenta dichos sectores eventualmente críticos, agrupados según pertenezcan a cadenas de valor de la industria manufacturera, cadenas de valor agroindustriales, o cadenas de valor del sector servicios (5).

Tabla 2. Otros Sectores Potencialmente Críticos

Cadena Productiva	Sector
Cadenas de Valor de la Industria Manufacturera	Siderurgia (*), Aluminio, Combustibles Líquidos, Cemento, Autopartes, Resinas Plásticas, Papel y Cartón
Cadenas de Valor Agroindustriales	Biodiesel, Bioetanol
Servicios	Telecomunicaciones, Servicios Relacionados con la Comercialización de Medicamentos, Transporte Aéreo de Cargas

(*) Por fuera de Aceros No Planos.

Fuente: Elaboración propia.

A continuación, se exponen las razones por las cuales estos sectores son posiblemente críticos desde la perspectiva de la competencia.

III.1. Siderurgia

La Secretaría de Política Económica (2017) destaca que Argentina cuenta con tres establecimientos siderúrgicos integrados (Ternium-Siderar, Tenaris-Siderca y Acindar), dos establecimientos semi-integrados (Acerbrag y Aceros Zapla) y un conjunto de laminadores independientes (6). Todas las etapas del proceso siderúrgico presentan alta concentración, debido a las altas barreras técnicas y económicas a la entrada, en virtud de ser una industria capital intensiva y debido a la inflexibilidad de las escalas de producción requeridas. Además, el producto es altamente homogéneo, sobre todo en las primeras etapas del proceso productivo.

La Tabla 3 resume la alta concentración en todas las etapas de la industria siderúrgica en Argentina.

(4) Ver <https://www.argentina.gob.ar/hacienda/politicaeconomica/microeconomica/cadenasproductivas>.

(5) En la Tabla 2 se incluyen algunos sectores que estarían siendo (o han sido) investigados por la CNDC, como se ilustra previamente en la Tabla 1, pero cuyos resultados no están disponibles públicamente (al 13/8/2018).

(6) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Industrias Metálicas Básicas, Siderurgia y Aluminio", 2017, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valores_Metalicas_basicas.pdf.

Tabla 3. Capacidad Instalada en Siderurgia

	Empresa	Etapa productiva						
		Etapa I: Fundición/ Reducción	Etapa II: Aceración	Etapa III: Laminación				
				Laminados en caliente				Laminados en frío*
				Planos	No planos	Tubos sin costura	Tubos con costura	
Integradas	TERNIUM SIDERAR	56,6%	46,0%	100,0%			31,7%	100,0%
	TENARIS SIDERCA	18,9%	20,8%			100,0%	68,3%	
	ACINDAR S.A.	24,6%	27,2%		68,6%			
Semi-Integradas	ACEROS ZAPLA		2,1%		6,4%			
	ACERBRAG		4,0%		12,3%			
Laminadoras	GERDAU (SIPAR)				12,7%			
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Secretaría de Política Económica (2017), “Informes de Cadenas de Valor - Industrias Metálicas Básicas, Siderurgia y Aluminio”, p. 15.

Adicionalmente, tanto en los productos planos como en los no planos, los derechos de importación extrazona, o sea desde fuera del Mercosur, se ubican en el rango de 8%-14%. En virtud de todas estas características, sumadas al rol de la Cámara Argentina del Acero como vía de canalización de los intereses de estas empresas (7), el sector siderúrgico debe considerarse como un área crítica desde el punto de vista de la defensa de la competencia. A continuación, se brindan detalles adicionales, como forma de ilustrar los problemas en cada etapa productiva.

III.1.1. Fundición o reducción de hierro primario

De acuerdo con la capacidad de producción, las cuotas de mercado en esta etapa básica son las siguientes:

- Ternium-Siderar: 56,6%
- Acindar: 24,6%
- Tenaris-Siderca: 18,9%

El principal insumo que da origen a la producción siderúrgica (etapa de fundición) es el mineral de hierro, que casi en su totalidad es importado desde Brasil.

III.1.2. Aceración

La siguiente fase de producción también se encuentra concentrada en muy pocos jugadores. Aun cuando en esta etapa se suman dos jugadores (AcerBrag y Aceros Zapla), además de los tres que participan en la etapa de fundición, la capacidad instalada operable de acero crudo sigue estando concentrada:

- Ternium-Siderar: 46%
- Acindar: 27,2%
- Tenaris-Siderca: 20,8%
- AcerBrag: 4%
- Aceros Zapla: 2,1%

Según la Secretaría de Política Económica (2017), estas empresas “concentran de forma significativa la oferta de insumos que resultan necesarios para la etapa de producción ulterior, impactando en el desempeño de las laminadoras.” (8)

III.1.3. Laminados planos en caliente

En este caso, Ternium-Siderar posee prácticamente el 100% del mercado. Esta empresa es la

(7) <http://www.acero.org.ar/>

(8) “Informes de Cadenas de Valor - Industrias Metálicas Básicas, Siderurgia y Aluminio”, cit., p. 15.

única productora local de laminados planos en caliente (chapa fina y gruesa), convirtiéndose de esta manera en la única proveedora interna para el proceso de laminación en frío.

III.1.4. Laminados no planos en caliente

Acindar tiene el predominio en este mercado, con cerca de un 70% de participación. Esta compañía fabrica un diversificado *mix* de productos, destacándose la elaboración de hierro redondo, alambres, alambrión, barras, perfiles, etc. Las participaciones de mercado, medidas según la capacidad de producción reportada por la Secretaría de Política Económica (2017), son las siguientes:

- Acindar: 68,6%
- Gerdau: 12,7%
- AcerBrag: 12,3%
- Aceros Zapla: 6,4%

Para este mercado en particular, la CNDC estaría iniciando una investigación por presuntas conductas anticompetitivas por parte de Acindar. Esto es consecuencia de una investigación de mercado realizada por la CNDC, de la cual surgen indicios de que Acindar podría estar abusando de su posición de dominio (9). Este mercado es importante ya que los aceros no planos son un producto con fuerte incidencia en la industria de la construcción, destacándose las barras de acero para hormigón armado (varillas corrugadas).

III.1.5. Tubos

En el caso de tubos sin costura, Tenaris-Siderca posee el 100% del mercado. En el caso de tubos con costura, Tenaris-Siderca tiene el 68%, mientras que Ternium-Siderar posee el 32%. Adicionalmente, se trata de productos con aranceles a la importación del 16%.

III.2. Aluminio

De manera análoga al sector siderúrgico, la producción de aluminio también se encuentra

(9) <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-secretaria-de-comercio-abrio-una-investigacion-de-oficio-en-el-mercado-de-acero-no-plano>.

altamente concentrada. Específicamente, en Argentina existe una sola empresa productora de aluminio primario, que detenta el predominio del mercado: Aluar Aluminio Argentino SAIC (10). Si bien aquí no se advierte la presencia de un solo jugador y las barreras de entrada por tratarse de una industria capital intensiva, constituyen razón suficiente para considerar al sector como posiblemente crítico.

III.3. Combustibles líquidos

La etapa final de la cadena hidrocarburífera consiste en la distribución de los combustibles líquidos en el mercado interno. En el caso de la distribución minorista, a través de estaciones de servicio y pequeños distribuidores independientes, existen pocos jugadores. Para 2015 existían unas 4.225 estaciones de servicio en el país, concentrando YPF, Shell, Axion y Petrobras aproximadamente el 75% de las bocas de expendio (destacándose YPF con el 37% y Shell con el 16%) (11). En el caso de naftas y *gas oil*, estas cuatro empresas acumulan el 95% de las ventas, concentrando YPF más de la mitad. Debe señalarse además que solo YPF y PAE-Axion están integradas verticalmente. Así, las refinerías que no se encuentran integradas compran el crudo a las operadoras presentes en la etapa de extracción.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la venta minorista de combustibles se ve afectada por la distancia entre la refinería y el punto de venta. Así, las distancias inciden sobre el precio final de los combustibles, teniendo en cuenta que dos terceras partes del parque refinador se encuentra en la provincia de Buenos Aires y el resto está distribuido en las provincias de Mendoza, Santa Fe y Neuquén.

Además de ser un sector con pocos jugadores que comercializan un producto esencialmente

(10) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Industrias Metálicas Básicas, Siderurgia y Aluminio", 2017, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Metalicas_basicas.pdf.

(11) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Hidrocarburos", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Hidrocarburos.pdf.

homogéneo (12), se trata de una industria que históricamente ha oscilado entre períodos de regulación y otros de libertad para la fijación de precios. El problema es que, en virtud de estos cambios de régimen, es probable que los períodos donde supuestamente rige la competencia, en realidad no sean tales. La razón es que en un contexto de incertidumbre acerca del contexto regulatorio, en períodos de competencia los agentes podrían anticipar la posibilidad de un futuro retorno a la regulación, y por lo tanto no comportarse de manera totalmente competitiva.

Al complementar estas características con la presencia de la Confederación de Entidades del Comercio de Hidrocarburos y Afines de la República Argentina (CECHA) (13), el sector se convierte en potencialmente crítico desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

III.5. Cemento

El sector productor de cemento está concentrado. Existen básicamente cuatro empresas, agrupadas en la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP). Las cuotas de mercado de estas empresas son las siguientes (14):

- Loma Negra: 48,5%
- Holcim Argentina (ex Cementos Minetti): 32,4%
- Cementos Avellaneda: 15,5%
- PCR: 3,6%

(12) También es factible considerar la posibilidad de que se trate de un mercado con productos diferenciados por marca. En este sentido, ver por ejemplo SEREBRISKY Tomás, "Análisis del Mercado de los Combustibles Líquidos en Argentina", Secretaría Defensa de la Competencia y del Consumidor, 2001, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Tomas_Serebrisky/publication/261098730_Analisis_del_Mercado_de_los_Combustibles_Liquidos_en_Argentina/links/00b7d53331c2f5bfb0000000/Analisis-del-Mercado-de-los-Combustibles-Liquidos-en-Argentina.pdf?origin=publication_detail.

(13) <http://www.cecha.org.ar/Contenido/default.asp>.

(14) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Minería Metalífera y Rocas de Aplicación", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Mineria.pdf.

Dos características relevantes del cemento merecen ser mencionadas: i) se trata de un producto esencialmente homogéneo; y ii) su costo de transporte es elevado en relación con su valor (15). En consecuencia, cuanto mayor es la distancia entre los consumidores y las distintas alternativas de suministro, menores son las posibilidades de que exista competencia. En virtud de estas características, el mercado del cemento es crítico desde el punto de vista de la defensa de la competencia, como de hecho lo demuestra la sanción impuesta a estas empresas en 2005, por repartirse el mercado a nivel nacional durante aproximadamente veinte años (16).

III.6. Autopartes

Si bien el sector de autopartes no puede considerarse productor de bienes homogéneos, los aranceles a la importación y las licencias no automáticas generan barreras de entrada que reducen la competencia. Algunos ejemplos de la reducida cantidad de jugadores en ciertos mercados de autopartes son recopilados por la Secretaría de Política Económica (2016) (17):

- Sistemas de Climatización: Tres empresas (Mirgor, Denso Manufacturing, y Visteon).
- Asientos y Butacas: Tres empresas (Pabsa-Magna Seating, Faurecia y Master-Trim).
- Amortiguadores: Dos empresas (Fric-Rot y ZF).
- Parabrisas y cristales: Dos empresas (Pilkington Automotive y Saint-Gobain).

Al tratarse de un sector donde existen aranceles a la importación, y donde la escala mínima de producción y los requerimientos de capital son elevados, las barreras de entrada resultantes lo convierten en potencialmente

(15) Consistente con el elevado costo de transporte, los flujos de comercio internacional son poco significativos.

(16) Dictamen CNDC nro. 513 del 25/7/2005.

(17) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Automotriz", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Automotriz.pdf.

crítico desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

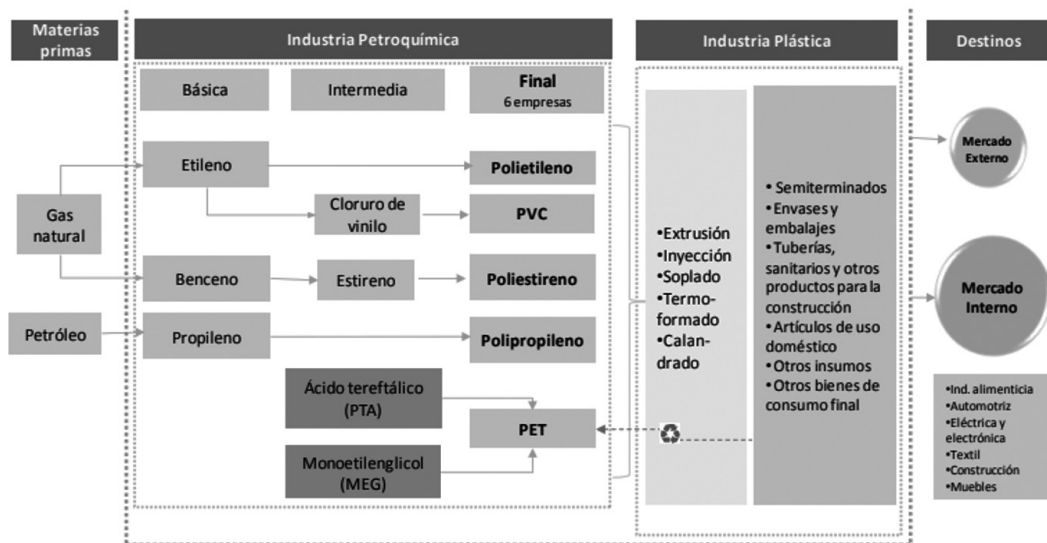
III.7. Resinas plásticas

El sector productor de resinas plásticas está altamente concentrado, debido principalmente a las barreras de entrada por tratarse de una industria capital intensiva y por la elevada escala mínima de producción. Adicionalmente, las resinas plásticas son productos esencialmente homogéneos, con un importante nivel de protección derivado del Arancel Externo Común del 14%. Este arancel condiciona los flujos de

comercio, actuando como barrera frente a las importaciones extra Mercosur y favoreciendo el intercambio al interior del bloque (Brasil y Argentina, esencialmente).

Como se aprecia en la Figura 1, a pesar de que todas las resinas plásticas provienen del gas y el petróleo como materias primas esenciales, y a pesar de que todas ellas son a su vez insumos para la industria plástica, ninguna de las empresas que elaboran resinas compite con el resto (18), ya que cada una elabora solo una resina plástica en particular.

Figura 1. Cadena Petroquímica Plástica en Argentina



Fuente: Secretaría de Política Económica (2016). Informes de Cadenas de Valor - Petroquímica, Plástica, p. 8.

Las características mencionadas convierten al sector en crítico desde la perspectiva de la competencia. El análisis para cada una de las resinas se realiza a continuación.

III.7.1. Polietileno

Existe una sola empresa que provee polietileno a nivel local. Se trata de PBB Polisur (Dow

Chemical), ubicada en Bahía Blanca. El polietileno es el producto final en la cadena vertical compuesta por etano-etileno-polietileno, que conecta a YPF con Dow Chemical vía la empresa MEGA (19). Específicamente, la compañía MEGA, cuyos accionistas son YPF (38%),

(18) Salvo cuando existe sustitución por el lado de la demanda.

(19) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Petroquímica, Plástica", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Petroquimica_Plastica.pdf.

Petrobras (34%) y Dow Chemical (28%), recibe gas natural de YPF y vende etano a PBB Polisur-Dow Chemical.

Los principales usos del polietileno son la fabricación de bolsas, botellas de leche y yogurt, envases para productos químicos, detergentes y limpiadores, envases industriales y tuberías de riego, entre otras decenas de productos (20).

III.7.2. Polipropileno

Esta resina plástica presenta un duopolio a nivel local. Las cuotas de mercado son las siguientes (21):

- Petroken, ubicada en Ensenada, Buenos Aires: 58%
- Petroquímica Cuyo, ubicada en Lujan de Cuyo, Mendoza: 42%

Esta resina se utiliza en el empaquetado de alimentos, en el sector textil, en equipamientos y equipos de laboratorio, componentes automotrices, etc. Se emplea además en una gran cantidad de procesos industriales, como la industria eléctrica, cauchos, corchos, líquidos corrosivos, cajas de baterías, etc. Debe notarse que la materia prima esencial para la producción de polipropileno (por parte de Petroken y Petroquímica Cuyo) es el propileno, cuyo principal proveedor es YPF.

III.7.3. Poliestireno

Para esta resina también existe un duopolio a nivel local, con las siguientes participaciones de mercado (22):

- Petrobras (78%)
- Basf (22%)

Esta resina se utiliza básicamente para fabricar envases mediante extrusión-termoformado, y objetos diversos mediante moldeo por inyección. Las formas expandida y extruida se utili-

zan principalmente como aislantes térmicos en construcción, entre otros usos.

III.7.4. PET (Polietileno Tereftalato)

El único proveedor local de PET es la compañía DAK Americas (Alfa), ubicada en Zárate, Buenos Aires. Esta resina plástica se utiliza básicamente para fabricar envases de bebidas carbonatadas, agua purificada, aceite, detergentes y productos químicos, productos farmacéuticos, etc.

III.7.5. PVC (Cloruro de Polivinilo)

Existe un solo proveedor local de PVC, que es la firma Solvay Indupa, ubicada en Bahía Blanca. Esta resina se utiliza en una variedad de aplicaciones, como edificación y construcción, en el cuidado de la salud, electrónica, automóviles, en productos como tuberías y revestimientos, bolsas de sangre, tubos, aislamiento de cables, etc.

III.8. Papel y cartón

Según la Secretaría de Política Económica (2016), la industria de la celulosa y el papel está relativamente concentrada, con una docena de productoras de pasta celulósica (23). Además, siete de estas compañías poseen sus procesos integrados, de manera que elaboran tanto pasta celulósica como papel. Según la misma fuente, esta industria está abandonando su histórica integración vertical, y avanzando a una marcada división entre la producción de pasta celulósica y la fabricación de papel. Dos ejemplos de la alta concentración en la etapa final de esta industria son los siguientes:

- Cartón corrugado: Dos empresas (Cartocor y Zucamor).
- Papel Tissue: Dos empresas (Papelería del Plata y Celulosa Argentina).

Dadas estas características, sumadas a las altas barreras de entrada al tratarse de un sector intensivo en capital, los mercados de papel

(20) El sector ya ha sido motivo de análisis por parte de la CNDC (ver p. ej. el dictamen nro. 718 del 6/7/2011, expte. S01:0468538/2010).

(21) En base a la capacidad instalada (año 2014).

(22) En base a la capacidad instalada (año 2014).

(23) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Forestal, Papel y Muebles", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Forestal_papel_muebles.pdf.

y cartón pueden considerarse potencialmente críticos desde la perspectiva de la competencia.

III.9. Biodiesel

El biodiesel se produce a partir del aceite crudo de soja. Si bien existen un total de aproximada-

mente 50 empresas productoras de biodiesel en nuestro país, la concentración es alta. Según la Secretaría de Política Económica (2017), las ocho empresas más importantes de la industria producen el 80% del total (24). Estas empresas se presentan en la Tabla 4.

Tabla 4. Principales Empresas Productoras de Biodiesel

Empresa	Integrantes	Grupo	Capacidad de planta (tn/año). 2014
LDC Argentina S.A.	LDC Argentina S.A.	Grupo Louis Dreyfus (Francia)	605.000
Renova S.A.	Molinos Río de la Plata; Glencore (Oleaginosa Moreno); Vicentin	Grupo Pérez Companc (Argentina); Grupo Glencore (Suiza); Grupo Vicentin (Argentina)	500.000
Patagonia Bioenergía	Cazenave; Energía & soluciones	Cazenave y Asociados S.A. (Argentina); Energía & Soluciones SA (Argentina)	500.000
Ecofuel (Terminal 6)	Aceitera General Deheza; Bunge	Grupo AGD (Argentina); Bunge Limited (EEUU)	480.000
Unitec Bio	Unitec Bio	Unitec agro (Eurnekian)	450.000
Noble	Noble	Noble Group (Hong-Kong)	250.000
Cargill	Cargill	Cargill (EE.UU.)	240.000
Viluco SA	Viluco S.A.	Citrusvil - Grupo Lucci - (Argentina)	200.000
Vicentin	Vicentin	Grupo Vicentin (Argentina)	180.000
Explora	Explora	Grupo Meck (Chile)	120.000
Molinos Río de la Plata	Molinos Río de la Plata	Grupo Pérez Companc (Argentina)	120.000
Diaser	Diaser	Efraín Szuchet	96.000

Fuente: Secretaría de Política Económica (2017) "Informes de Cadenas de Valor - Oleaginosas", p. 47, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPMicro_Cadena_de_Valor_Oleaginosa.pdf.

Además de tratarse de un sector con pocos jugadores que elaboran un producto homogéneo, existe una cámara que los agrupa (25), mientras que los precios son regulados por el Ministerio de Energía (26). La conjunción de estos elementos, sumados al hecho de que el

biodiesel es un insumo legalmente necesario para la elaboración de gasoil (27), permiten sugerir que este sector es un área potencialmente crítica desde la perspectiva de la defensa de la competencia (28).

(24) "Informes de Cadenas de Valor - Oleaginosas", disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPMicro_Cadena_de_Valor_Oleaginosa.pdf.

(25) <http://carbio.com.ar/>.

(26) Ver <http://www.energia.gob.ar/contenidos/ver-pagina.php?idpagina=3818>.

(27) Se exige un porcentaje mínimo del 10%.

(28) Para más detalles, ver p. ej. SABBIONI, Guillermo, "Biocombustibles y defensa de la competencia", Infobae, 2018, disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2018/01/21/biocombustibles-y-defensa-de-la-competencia/>.

III.10. Bioetanol

Según la Secretaría de Política Económica (2016), en Argentina hay catorce refinерías que elaboran bioetanol (29). De estas, nueve producen a partir de caña de azúcar y cinco producen a partir de maíz. Las refinерías

que producen bioetanol a partir de caña de azúcar están ubicadas en Tucumán (cinco), Jujuy (dos) y Salta (dos), mientras que las que producen a base de maíz se localizan en Córdoba (tres), Santa Fe (una) y San Luis (una). Estas empresas se presentan en la Tabla 5.

Tabla 5. Principales Empresas Productoras de Bioetanol

Empresa	Grupo / Integrantes	Materia prima utilizada	Capacidad de planta (tn/año)	Ubicación de la planta
ProMaiz S.A.	Bunge Argentina S.A.	Maíz	147.000	Alejandro Roca (Córdoba)
ACA Bio Coop. Ltda.	Asoc. de Coop. Argentinas	Maíz	160.000	Villa María (Córdoba)
Bio4 - Bioetanol Río Cuarto S.A.	Productores Asociados	Maíz	82.000	Río Cuarto (Córdoba)
Diaser S.A.	Efrain Szuchet	Maíz	80.000	San Luis
Vicentín S.A.	Grupo Vicentín (Argentina)	Sorgo/Maíz	50.000	Avellaneda (Santa Fe)
Compañía Bioenergética La Florida S.A.	Compañía Azucarera Los Balcanes	Caña de azúcar	50.000	San Miguel de Tucumán (Tucumán)
Bio Ledesma S.A.	Grupo Ledesma	Caña de azúcar	48.996	Libertador Gral. San Martín (Jujuy)
Alconoa S.R.L.	Tabacal Agroindustria	Caña de azúcar	47.250	Tabacal (Salta)
Energías Ecológicas de Tucumán S.A.	(Grupo Colombres)	Caña de azúcar	25.080	Tucumán
Biotrinidad S.A.	Ingenio La Trinidad	Caña de azúcar	16.800	Tucumán
Compañía Bionergía Santa Rosa S.A.	Ingenio y Destilería Santa Rosa	Caña de azúcar	13.000	Tucumán
Río Grande Energía S.A.	Ingenio Río Grande	Caña de azúcar	11.000	La Mendieta (Jujuy)
Bioenergía La Corona S.A.	Ingenio La Corona	Caña de azúcar	8.040	Tucumán
Bio San Isidro (S.A.)	Ingenio San Isidro	Caña de azúcar	3.600	Campo Santo (Salta)

Fuente: Secretaría de Política Económica (2016) "Informes de Cadenas de Valor - Azúcar", p. 38, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Azucar.pdf.

Al igual que en el biodiesel, el precio del bioetanol es regulado por el Ministerio de Energía (30) en este caso distinguiendo según la materia prima utilizada para producirlo (31). Dado que este es otro sector con pocos juga-

dores que elaboran un producto homogéneo, donde existe una cámara que los agrupa (32), y sumado al hecho de que el bioetanol es un insumo legalmente imprescindible para elaborar nafta (33), es razonable que este sector sea identificado como potencialmente crítico desde la perspectiva de la competencia.

(29) "Informes de Cadenas de Valor - Azúcar", disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Azucar.pdf.

(30) Ver https://glp.se.gob.ar/biocombustible/reporte_precios_bioetanol.php.

(31) Esta distinción rige desde 2014.

(32) En el caso de los productores en base a maíz: <http://cbmaiz.com.ar/>.

(33) El porcentaje mínimo requerido es de 12%.

Esta conclusión se ratifica al advertir la creación en 2016 de la Mesa Sucrealcoholera, reunida periódicamente en el ámbito del Ministerio de Agroindustria (34), la cual “busca lograr una distribución equitativa del valor a lo largo de los distintos eslabones de la cadena” (35). Detrás de este objetivo pareciera esconderse cierta desconfianza respecto de la distribución de valor que se logra a través de los mercados.

III.11. Telecomunicaciones

Si bien los servicios de telecomunicaciones están relativamente concentrados en nuestro

país, se trata de una industria que presenta cierta heterogeneidad, producto del constante cambio tecnológico. En consecuencia, los riesgos de falta de competencia en este caso están asociados principalmente con las elevadas barreras de entrada. Dichas barreras se derivan no solo de las economías de escala y alcance que genera el tendido de redes, dando lugar a ventajas de primera movida, sino también de las propias regulaciones que restringen la entrada de determinados operadores a determinados mercados (36).

La Tabla 6 resume cuáles son las empresas principales en el área de las telecomunicaciones.

Tabla 6. Principales Empresas de Telecomunicaciones

Empresas	Marcas/operadoras	Matriz	Segmentos	Otros productos	Ventas. Año 2014 (en \$ M)*
Telecom Argentina S.A.	Personal, Telecom	Argentina	Telefonía móvil y fija	Servicios de telefonía de larga distancia, transmisión de datos, outsourcing de soluciones TIC.	33.388
	Arnet		Internet		
Telefónica Móviles Argentina S.A.	Movistar, Telefónica	España (Telefónica)	Telefonía móvil y fija	Servicios de telefonía de larga distancia y transmisión de datos.	42.517
	Speedy		Internet		
AMX Argentina S.A.	Claro	México (América Móvil)	Telefonía móvil e Internet	Telefonía móvil, larga distancia, transmisión de datos e Internet.	24.346
Cablevisión S.A.	Nextel Argentina S.A.	Argentina (Grupo Clarín)	Telefonía móvil	Conexión directa, telefonía móvil, mensajes de texto y transmisión de datos móviles.	3.400
	Cablevisión		Televisión por cable	Televisión por cable clásica, digital, HD y Online.	14.226
	Fibertel		Internet y Telefonía fija	Internet y telefonía fija (por cablemódem)	
Telecentro S.A.	Telecentro	Argentina	Telefonía fija, televisión por cable e Internet	-	s.d.
DirecTV Argentina	DirecTV	EE. UU.	Televisión satelital	-	3.800

Fuente: Secretaría de Política Económica (2016) “Informes de Cadenas de Valor - Telecomunicaciones”, p. 16, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Telecomunicaciones.pdf.

(34) Ver https://www.agroindustria.gob.ar/sitio/areas/ss_bioindustria/?accion=noticia&id_info=170816194856.

(35) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, “Informes de Cadenas de Valor - Azúcar”, 2016, p. 25.

(36) En este sentido, es central el rol de los entes reguladores como el ENACOM.

Con respecto a la tabla, debe notarse que Telecom y Cablevisión se fusionaron recientemente, de modo que a nivel nacional ahora existe un competidor menos en telefonía móvil (Nextel y Personal ya no competirán) y en acceso a Internet por red fija (Arnet y Fibertel tampoco competirán más entre sí) (37). Adicionalmente, esta fusión daría lugar a un único operador en condiciones de brindar el servicio *cuadruple play* (esto es, telefonía fija y móvil, televisión paga y acceso a Internet). Dada la relevancia de los servicios de telecomunicaciones para el desarrollo económico (38), este sector merece ser incluido como un área crítica desde la óptica de la defensa de la competencia.

III.12. Medicamentos

El funcionamiento del sector de la salud, dentro del cual se incluye la comercialización de medicamentos, es muy complejo. En él conviven numerosos agentes que ofrecen y demandan diversos bienes y servicios, a lo largo y a lo ancho de la cadena de producción y comercialización de medicamentos, en un marco de fuerte intervención y regulación estatal.

Una descripción muy simplificada del rol de los diversos tipos de agentes podría ser la siguiente: a) los laboratorios (Roemmers, Elea, Gador, Pfizer, Bagó, y varias decenas más) venden los medicamentos principalmente a las droguerías (como Suizo Argentina, Monroe Americana y Droguería del Sud, entre muchas otras); b) las droguerías a su vez venden dichos medicamentos a miles de farmacias ubicadas en nuestro territorio; c) las prepagas (OSDE, Swiss Medical, Galeno, etc.) y las obras sociales (PAMI, IOMA, y muchas otras) brindan servicios de cobertura a sus afiliados, entre los cuales uno de los más importantes es el financiamiento (parcial o total) de las compras de medicamentos; d) las gerenciadoras o administra-

doras de convenios (principalmente Farmalink y Preserfar) venden a las prepagas y a las obras sociales servicios de auditoría y gerenciamiento de contratos; e) los laboratorios compran servicios de almacenaje y distribución a las distribuidoras (como Disprofarma, Farmanet y Rofina, entre otras).

En este contexto, que presenta en realidad muchas más relaciones comerciales que las mencionadas, uno de los factores que impactan en el precio de los medicamentos es el grado de competencia que existe en los mercados que forman parte del entramado de producción y comercialización. Específicamente, existen al menos tres mercados que, en relación con los medicamentos, podrían ser críticos desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

III.12.1. Comercialización mayorista de medicamentos

Si bien existen 445 droguerías registradas, cuatro de ellas concentran cerca del 70% del mercado: Droguería del Sud, Droguería Monroe Americana (Grupo Gomer), Droguería Suizo Argentina y Droguería Barracas (39). Dado este grado de concentración, y teniendo en cuenta algunos vínculos verticales entre las droguerías y los laboratorios, la comercialización mayorista de medicamentos desde las droguerías hacia las farmacias es un área potencialmente crítica desde el punto de vista de la competencia.

III.12.2. Almacenaje y distribución de medicamentos

Las distribuidoras brindan servicios de almacenaje y distribución de medicamentos a los laboratorios. En este mercado en particular, también existe una alta concentración, ya que solo cuatro distribuidoras (Rofina, Disprofarma, Farmanet y Global Farm) concentran el 99% de dicho mercado (40). Si además se tiene

(37) Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/lacndc-ordena-venta-de-activos-en-banda-ancha-fija-e-impone-obligaciones-telecom>.

(38) Ver por ejemplo KOUTROUMPIS, Pantelis, "The Economic Impact of Broadband on Growth: A Simultaneous Approach", *Telecommunications Policy* 33 (9), 2009, ps. 471-485; DATTA, Anusua - AGARWAL. Sumit, "Telecommunications and Economic Growth: A Panel Data Approach", *Applied Economics* 36 (15), 2004, ps. 1649-1654.

(39) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Salud, Farmacia y Equipamiento Médico", 2016, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Salud.pdf.

(40) SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, "Informes de Cadenas de Valor - Salud, Farmacia y Equipamiento Médico", 2016.

en cuenta que existirían vínculos verticales entre las distribuidoras y los laboratorios (41), el mercado de servicios de almacenaje y distribución sería un área potencialmente crítica desde el punto de vista de la defensa de la competencia, en relación con el mercado de medicamentos.

III.12.3. Auditoría y gerenciamiento de contratos

Un mercado no tan conocido, pero también relacionado con la comercialización de medicamentos, es el mercado de servicios de auditoría y gerenciamiento de contratos. En este mercado, las gerenciadoras o administradoras de convenios (básicamente Farmalink y Preserfar) venden dichos servicios de auditoría y gerenciamiento de contratos a las prepagas (como OSDE o Swiss Medical) y a las obras sociales (como IOMA o PAMI).

Así, dado que existen esencialmente solo dos compañías que brindan estos servicios, el alto nivel de concentración sugiere que dicho mercado debe ser estudiado como un área potencialmente crítica. Si allí no hubiera competencia, las prepagas y obras sociales estarían pagando precios excesivos por dichos servicios, lo cual redundaría en mayores precios (vía menores descuentos) para los medicamentos. Esto se ratificaría aún más en caso de que dichas gerenciadoras tuvieran vínculos verticales con los laboratorios (vía las cámaras), como indican algunas fuentes (42).

III.13. Transporte aéreo de cargas

El transporte aéreo de cargas es un servicio brindado en nuestro país esencialmente por una sola compañía: Aerolíneas Argentinas (AA). Así, la alta concentración lo convierte en

(41) Según la misma fuente, Rofina tiene a Roemmers como uno de sus principales accionistas; Disprofarma a Bagó; Farmanet a Gador, Casasco, Bayer, Novartis y Boehringer Ingelheim, mientras que Global Farm nuclea a la mayoría de los laboratorios de origen estadounidense.

(42) Ver p. ej. <https://www.cafabo.org.ar/main/noticias-ver/pami-propuesta-para-el-nuevo-convenio-de-compra-de-medicamentos/>. Existen tres cámaras de laboratorios: CAEME (Cámara Argentina de Especialidades Medicinales), CILFA (Cámara Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Argentinos) y COOPERALA.

un sector potencialmente crítico desde la perspectiva de la defensa de la competencia (43). La principal razón detrás de la alta concentración son las barreras legales de entrada al mercado, ya que para operar se requiere de una autorización.

Sumado a eso, varios de los insumos que son necesarios para brindar dicho servicio también presentan indicios de problemas de competencia. Por ejemplo, los aeropuertos que brindan servicio a AA son concesionados (esencialmente a AA2000-TCA y London Supply) y por lo tanto regulados por el ORSNA. Además, existe también una alta concentración en el mercado de servicios complementarios en tierra o servicios de despacho (léase carga, descarga y escaneo de equipaje, remolque de aviones, señalamiento para el despegue, etc.), donde Intercargo y AeroHandling son las únicas empresas que los proveen.

Todos estos elementos conforman un entramado de barreras a la entrada que dañan la competencia, y que por lo tanto convierten al servicio de transporte aéreo de cargas en un área potencialmente crítica. Esto se ratifica y se confirma al observar la importancia y el protagonismo que tienen los costos de transporte en un territorio tan extenso como la Argentina.

IV. Vínculos entre sectores

Un problema adicional a la falta de competencia en los sectores mencionados es que los efectos muchas veces se acumulan, exacerbándose en consecuencia el perjuicio para los consumidores. A modo de ejemplo, un consumidor que adquiere un medicamento en una provincia alejada del AMBA (en el norte del país, por ejemplo), podría estar pagando un precio no competitivo debido al efecto en cadena de varios de los problemas expuestos en este artículo:

- En los mercados de aluminio y siderurgia, cuyos productos cumplen el rol de insumos

(43) El grupo AA-Austral concentró el 72% de los vuelos domésticos en 2017 (SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, “Informes de Cadenas de Valor - Transporte Aéreo de Cargas”, 2018, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2018/SSPMicro_Cadenas_de_valor_Transporte_aereo_de_cargas.pdf).

en el proceso de elaboración de la maquinaria que es utilizada para la producción de medicamentos.

- En el mercado de resinas plásticas, donde existen una a lo sumo dos empresas elaboradoras (dependiendo de la resina bajo análisis); y en el mercado de cartón corrugado, donde también se observan solo dos fabricantes (Cartocor y Zucamor). Dado que estos insumos participan del proceso de elaboración del *packaging* y de los envases de los medicamentos, la falta de competencia en los mercados de estas materias primas también presionaría al alza el precio de los medicamentos.
- En el mercado de servicios de almacenaje y distribución de medicamentos, donde cuatro distribuidoras (Rofina, Disprofarma, Farmanet y Global Farm) concentran la mayor porción; y en el mercado de comercialización mayorista, donde existe una alta concentración en cuatro droguerías (Droguería del Sud, Droguería Monroe Americana, Droguería Suizo Argentina y Droguería Barracas). Si no hay competencia en los mercados de estos servicios, el precio de los medicamentos nuevamente es presionado al alza.
- En el mercado de servicios de auditoría y gerenciamiento de contratos de salud, caracterizado por solo dos empresas relevantes (Farmalink y Preserfar), lo cual resultaría en un costo excesivo pagado por prepagas y obras sociales, e implicaría un menor descuento sobre el precio de los medicamentos.
- En el mercado de transporte aéreo de cargas, el cual está caracterizado por solo un oferente relevante (Aerolíneas Argentinas), y en el mercado relacionado de servicios de despacho en los aeropuertos, en el cual existen solo dos oferentes (AeroHandling e Intercargo). Alternativamente, si el medicamento se transporta por vía terrestre, el consumidor sufriría la potencial falta de competencia en el mercado de combustibles líquidos, y en los mercados asociados de elaboración de biocombustibles (biodiesel y bioetanol).

Como puede apreciarse, los problemas de competencia en áreas críticas pueden acumularse a lo largo y a lo ancho de las cadenas productivas, potenciando el perjuicio sobre los consumidores y, en consecuencia, sobre el bienestar general de la población (44).

V. Conclusiones

La conclusión de este artículo es que en la economía argentina existen varios sectores, adicionales a los investigados por la CNDC, que son potencialmente críticos desde el punto de vista de la defensa de la competencia. El listado de sectores probablemente problemáticos incluye al menos los siguientes: aluminio, siderurgia (incluyendo fundición, aceración, laminados planos y tubos); combustibles líquidos; cemento; autopartes; resinas plásticas (incluyendo polietileno, polipropileno, poliestireno, PET y PVC); papel y cartón (incluyendo papel *tissue* y cartón corrugado); biocombustibles (incluyendo biodiesel y bioetanol); telecomunicaciones; transporte aéreo de cargas (y servicios complementarios en tierra o servicios de despacho en aeropuertos); y ciertos mercados relacionados con los medicamentos (incluyendo comercialización mayorista, almacenaje y distribución, y auditoría y gerenciamiento de contratos).

El análisis de estos mercados pone además en evidencia el rol central que en la mayoría de los casos tienen las barreras de entrada. Cuando estas barreras se deben a la necesidad de realizar inversiones en industrias intensivas en capital, la solución debe venir de la macroeconomía, en el sentido de generar condiciones para reducir el costo de invertir en Argentina. Sin embargo, cuando las barreras tienen que ver con permisos

(44) Un ejemplo similar al de los medicamentos es presentado por la Secretaría de Política Económica (2016). Para el caso de equipamiento médico e insumos hospitalarios, esta fuente señala que *“alrededor del 57% de las compras intermedias de insumos se concentran en mercados cuya oferta se encuentra históricamente concentrada”*. *“Entre los primeros se pueden mencionar a la industria petroquímica, proveedora de materias primas plásticas, los productores de insumos plásticos semiterminados (placas y láminas) y la industria de metales básicos que proveen acero y aluminio”*. “Informes de Cadenas de Valor - Salud, Farmacia y Equipamiento Médico”, disponible en https://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/2017/SSPE_Cadena_de_Valor_Salud.pdf, p. 51.

otorgados por los entes reguladores, la solución está en remover aquellos que no sean imprescindibles para garantizar la calidad. En este sentido, es positivo que la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 ubique a la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC) en el ámbito del Poder Ejecutivo, como un nuevo organismo descentralizado y autárquico. De este modo, las recomendaciones de la ANC tendrán más relevancia a la hora de modificar políticas que cuando surgen de la CNDC, en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción.

En resumen, las áreas de la economía argentina identificadas en este trabajo presentan características que, de acuerdo con los autores reconocidos en la literatura económica, constituyen señales de alerta o indicios de riesgos de falta de competencia, con lo cual sería deseable investigarlas en profundidad. La primera razón es legal, ya que la flamante Ley de Defensa de la Competencia podría estar siendo violada. La segunda razón es económica, ya que el bienestar general de la población se ve afectado cuando la competencia no funciona.

Innovación e inversión: desafíos para la defensa de la competencia. Aplicación al caso de Argentina (*)

ESTEBAN GRECO (**) Y M. FERNANDA VIECENS (***)

I. Introducción: competencia, productividad, innovación y crecimiento

La economía argentina debe iniciar una trayectoria de crecimiento perdurable que logre sortear los períodos de grandes crisis cíclicas recurrentes y posibilite alcanzar un desarrollo sostenible en el nivel de vida de su población. Una condición necesaria para ello es lograr un aumento significativo y sostenido de la productividad, es decir, de la capacidad de producir más bienes y servicios utilizando más eficientemente los recursos disponibles.

Es ampliamente reconocido que la competencia como mecanismo de funcionamiento de los mercados y de asignación de recursos genera los incentivos adecuados para que las empresas elijan ser más productivas. La literatura

económica ha estudiado profusamente los determinantes de la productividad en general y la relación causal entre competencia y productividad en particular. Existe tanto sustento teórico como evidencia empírica de los efectos positivos de la competencia sobre la productividad (1). Al respecto, se han identificado diversos canales por los cuales la competencia genera aumentos de la productividad: uno es el aumento de la eficiencia productiva al interior de la firma, ya que la competencia incentiva a los gerentes a incrementar la producción y optimizar la utilización de insumos; otro canal es el proceso competitivo que promueve el ingreso y crecimiento de las firmas más eficientes y la reducción y salida de las menos eficientes.

(*) Las opiniones vertidas en este artículo son exclusivas de sus autores y de ninguna manera representan la opinión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Salvo cuando se señala expresamente un dictamen o resolución públicos de la CNDC, los casos citados a lo largo de este artículo se corresponden en todo momento a los casos ya resueltos en Europa. La mención de los autores a los mismos no pueden en ningún caso ser considerados como opiniones a casos vinculados presentes en la Argentina.

(**) Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina. Magíster en Economía y profesor en diversas universidades. Fue consultor internacional y tiene varias publicaciones en temas de regulación y defensa de la competencia.

(***) Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Doctora en Economía e Investigadora de CONICET (con licencia). Tiene varias publicaciones en revistas internacionales.

(1) KOOPMAN, G. J., *Competition, Competitiveness and Industrial Policy: the role of State Aid policy*, presentation, Center for Competition Policy 14th Annual Conference, 2018, June. AGHION, P. - SCHANKERMAN, M., "On the welfare effects and political economy of competition-enhancing policies", *The Economic Journal*, 114, 498, 800-824 (2004). AGHION, P. - BLUNDELL, R. - GRIFFITH, R. - HOWITT, P. - PRANTL, S., "The effects of entry on incumbent innovation and productivity", *Review of Economics and Statistics*, 91,1, 20-32 (2009). NICKELL, S. J., "Competition and corporate performance", *Journal of political economy*, 104, 4, 724-746 (1996). ÁLVAREZ, R. - GONZÁLEZ, A., "Competition, Selection, and Productivity Growth in the Chilean Manufacturing Industry", Serie de Documentos de Trabajo, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, 2017, SDT 453. BLOOM, N. - VAN REENEN, J., "Why do management practices differ across firms and countries?", *Journal of Economic Perspectives*, 24, 1, 203-224 (2010). BLOOM, N. - SADUN, R. - VAN REENEN, J., "Management as a Technology?", *Working Paper* nro. 22327 (2016). Issued in June 2016, US National Bureau of Economic Research.

El caso de América Latina ha mostrado diferencias con otras regiones en cuanto a la relación entre competencia, crecimiento y productividad. Argentina, en particular, ha tenido en el pasado reciente períodos de crecimiento del producto per cápita, pero con baja productividad y pobres indicadores de competencia, lo cual explicaría por qué el crecimiento no ha sido sostenible (2).

La nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y un renovado compromiso del gobierno con la política de defensa de la competencia son consistentes con un objetivo de crecimiento de largo plazo y generan las señales correctas para que las empresas focalicen sus esfuerzos en ser más eficientes y productivas.

Asimismo, el vínculo entre innovación y productividad es innegable y existe una gran cantidad de investigaciones que muestran empíricamente la relación positiva entre ambas variables (3).

Sin embargo, aunque la literatura económica ha analizado en abundancia el vínculo entre competencia e innovación, no existe un consenso en ese sentido. Al respecto, la célebre U invertida que se muestra en el trabajo de Aghion, Bloom, Blundell, Griffith and Howitt (2005) (4)

establece un dilema conceptual para los hacedores de políticas públicas en general (5). Allí se argumenta y se provee evidencia que muestra la plausibilidad de situaciones donde la competencia impulsa la innovación (cuando las empresas compiten cabeza a cabeza) y otras donde la competencia reduce los incentivos a innovar de empresas rezagadas.

Esta relación de U invertida ha sido desafiada recientemente en artículos que analizan el impacto de fusiones en la innovación. En particular, un cuerpo de literatura reciente liderado por los dos últimos economistas jefe de la Directorate-General for Competition de la Comisión Europea, Massimo Motta y Tommaso Valletti, argumenta que las fusiones entre empresas reducen los niveles de innovación en relación con los niveles previos a la fusión (6). Al respecto, la decisión de la Comisión Europea en la fusión Dow/Dupont ha despertado una encendida discusión sobre el rol de la innovación en esta y futuras decisiones. Al mismo tiempo, las multas impuestas recientemente a Google, donde la Comisión otorga un peso importante del impacto de la conducta en los incentivos a la innovación, muestran una tendencia creciente del foco puesto en la misma, lo que aporta condimentos adicionales al debate.

En este artículo se analiza dicha discusión y se exploran líneas de trabajo para consideraciones de innovación e inversión en el análisis de defensa de la competencia hacia el futuro.

En Argentina, si bien el punto de partida para la aplicación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia involucra ejemplos elementales

(2) GRECO, E. - PETRECOLLA, D. - ROMERO, C. - VILA MARTÍNEZ, J. P., "Competition Policy and Growth: Evidence from Latin America", en PEÑA, J. - CALLIARI, M. (eds.), *Competition Law in Latin America. A Practical Guide*, Kluwer Law International B.V. UK, 2016. GRECO, E. - PETRECOLLA, D. - ROMERO, C. - VILA MARTÍNEZ, J. P., "Economic Structure and Competition Policy Application in Latin American Countries", en GAL, M. - DREXL, J. - FOX, E. - GERBER, D. - BAKHOUM, M. (eds.), *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*, Cheltenham, Elgar, UK, 2015.

(3) Véase p. ej. CRESPI, G. - ZUNIGA, P., "Innovation and Productivity: Evidence from Six Latin American Countries", IDB Working Paper nro. 74, 2010, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1818752> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1818752>; ARZA, Valeria - LÓPEZ, A., "Innovation and Productivity in the Argentine Manufacturing Sector" (August 2010), IDB Working Paper nro. 62, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817297> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1817297>.

(4) AGHION, P. - BLOOM, N. - BLUNDELL, R. - GRIFFITH, R. - HOWITT, P., "Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship", *The Quarterly Journal of Economics*, 120, 2, 701-728 (2005).

(5) Los diferentes enfoques sobre la relación entre competencia e innovación se originan en gran medida en los trabajos de SCHUMPETER, J. (1942) - ARROW, K. (1962): SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, New York, 1942; ARROW, K., "Economic welfare and the allocation of resources for innovations", en NELSON, R. (ed.), *The rate and direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, 1962.

(6) Véase al respecto: FEDERICO, G. - LANGUS, G. - VALLETTI, T., "Horizontal mergers and product innovation", *International Journal of Industrial Organization*, 59, 1-23 (2018) y MOTTA, M. - TARANTINO, E., "The Effect of Horizontal Mergers, when Firms Compete in Prices and Investments", Working Paper 1579, Department of Economics and Business, Universitat Pompeu Fabra, 2017.

de falta de competencia (entre los que se encuentran casos de cárteles instituidos mediante documentos públicos)(7) podría parecer que discutir sobre competencia e innovación es ciencia ficción. Sin embargo, con una perspectiva de largo plazo es indispensable que se generen incentivos para la realización de inversiones que aumenten la productividad en forma sostenida. Al mismo tiempo, estos temas ponen de manifiesto que la defensa de la competencia es una política pública que focaliza su atención no solo en los consumidores actuales sino también en los consumidores del futuro.

II. Consideraciones de innovación: discusión reciente en el ámbito internacional

Como ya se ha mencionado, un reciente conjunto de trabajos analiza el impacto de las fusiones en la innovación. Estos artículos argumentan que la fusión genera al menos dos tipos de efectos contradictorios en los incentivos de las empresas que se fusionan (Buehler, Coublucq, Hariton, Langus y Valletti, 2017)(8): por un lado, la reducción en la competencia en productos (que permite coordinar los precios con posterioridad a la fusión) tiende a aumentar los incentivos a innovar; por otro lado, la eliminación de la competencia en innovación (efecto canibalización) reduce los incentivos a innovar. El canal que explicaría el impacto negativo es el siguiente: antes de la fusión, las empresas tienen incentivos para introducir nuevos y mejores productos al mercado y de esa manera atraer nuevos consumidores. Frente a una fusión este último efecto desaparece, y ha sido precisamente la preocupación por este hecho la que ha guiado las objeciones de la Comisión Europea en casos donde los remedios requeridos para las fusiones notificadas han implicado desinversiones de activos directamente vinculados a las unidades de negocio de investiga-

ción y desarrollo de las empresas fusionadas (Dow/Dupont el caso paradigmático)(9).

Las críticas no han tardado en llegar a lo que en el debate se ha dado en llamar *the innovation theory of harm*: que las fusiones en mercados con una cantidad reducida de firmas innovadoras reducen la innovación cuando la apropiabilidad es alta y en ausencia de ganancias de eficiencia específicas de la fusión(10). Se argumenta esencialmente que no está probado que el impacto negativo en los incentivos compense en todos los casos el impacto positivo (Padilla, 2018(11); Denicolo and Polo, 2018(12); Lofaro, Lewis, Abecasis, 2017(13)).

Denicolo and Polo (2018) cuestionan en particular la posibilidad de que la Comisión concluya que aún fusiones no problemáticas desde la perspectiva estática (efecto en precios) podrían llegar a ser consideradas como anticompetitivas en una perspectiva dinámica (aquella que introduce consideraciones de innovación). Al respecto, Denicolo and Polo (2018) identifican un conjunto de mecanismos que explican potenciales efectos positivos de una fusión en la

(9) El efecto “apropiación” o “apropiabilidad” puede generar mayores incentivos a la innovación como resultado de una fusión. Este efecto implica que la firma innovadora puede apropiarse de los beneficios que la innovación le genera a quienes la utilizan sin pagar sus costos (*free riders*). Sin embargo, si los derechos de propiedad intelectual están asegurados (como se dio en el caso “Dow/Dupont”) la posibilidad de apropiación ya existe previamente a la fusión (BUEHLER, B. *et al.*, “Recent Developments...”, cit.).

(10) “...a merger between two out of a limited number of significant innovators is likely to reduce product innovation when appropriability is high (that is, when IPRs are effective), and when there no merger-specific efficiencies associated with the merger”, Case M.7932 - Dow/DuPont, Commission Decision of 27/3/2017, paragraph 2042.

(11) PADILLA, J., “The Effects of Horizontal Mergers on Product and Process innovation, Taking Stock of the Recent Academic Debate, OECD Competition Committee - Non-price effects of mergers”, presentation, 2018.

(12) DENICOLO, V. - POLO, M., “The Innovation Theory of Harm: An Appraisal”, 2018, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3146731> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3146731>.

(13) LOFARO, A. - LEWIS, S. - ABECASIS, P., “An Innovation In Merger Assessment?: The European Commission’s Novel Theory of Harm in the Dow/DuPont Merger Antitrust”, 32, 1, American Bar Association, 2017.

(7) “Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/ infracción ley 25.156” (C. 1462). Res. Secretaría de Comercio 47 (23/1/2018), dictamen CNDC nro. 94 (7/11/2017), disponible en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/C-1462.pdf>.

(8) BUEHLER, B. - COUBLUCQ, D. - HARITON, C. - LANGUS, G. - VALLETTI, T., “Recent Developments at DG Competition: 2016/2017”, *Review of Industrial Organization*, 51, 4, 397-422 (2017).

innovación, por lo que concluyen que este es un fenómeno empírico.

En la misma línea, Padilla (2018) insta a las autoridades de competencia a investigar el impacto de las fusiones en la innovación con “mente abierta” (comillas nuestras) dado que una fusión puede, en función de las circunstancias, reducir o promover la innovación.

Por su parte, Lofaro *et al.* (2017) sostienen que en Dow/Dupont la Comisión basó sus decisiones en hipótesis especulativas alejándose de las teorías en las que se había basado hasta el momento. Ellos destacan en particular la diferencia de enfoque en Pfizer/Hospira y Dow/Dupont. En el primer caso, Pfizer debió vender los derechos de una droga para la artritis que estaba en fase final de desarrollo dado que Hospira ya tenía en el mercado una droga similar. La Comisión entendió que Pfizer abandonaría su nuevo producto como consecuencia de la fusión lo que implicaba menos innovación para el mercado. En este sentido, Lofaro *et al.* (2017) interpretan que el análisis del impacto de la fusión no difiere sustancialmente de un caso de dos productos existentes ya que la innovación de Pfizer en relación con esta droga estaba prácticamente terminada. Por el contrario, alegan que en Dow/Dupont la Comisión interpretó que las partes reducirían sus inversiones en investigación y desarrollo de manera general, en productos no especificados y en algún momento indeterminado del futuro.

Ibáñez Colomo (14) discute la manera en cómo la Comisión Europea ha introducido en su análisis consideraciones de innovación. Al respecto, identifica dos tipos de situaciones: aquellas en las que las consideraciones de innovación han jugado un rol indirecto en el análisis y aquellas donde la teoría del daño se elabora en función a un daño directo a la innovación. En el primer caso, se entiende que la innovación se ha visto negativamente afectada como consecuencia de una reducción en la presión competitiva que enfrentan las firmas.

En relación con el daño directo, Ibáñez Colomo (2016) interpreta que algunas decisiones

(14) IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, “Restrictions on Innovation in EU Competition Law”, *European Law Review*, 41, 2, 201-219 (2016).

de la Comisión han sido tomadas como consecuencia de una preocupación por la innovación en sí misma, sin que se haya demostrado una afectación al proceso competitivo. Él sostiene que no hay nada controversial cuando se aplica el rol indirecto y que los casos en los cuales las consideraciones de innovación tuvieron un rol indirecto se hubieran resuelto de la misma manera aun sin estas consideraciones. Por el contrario, considera que las intervenciones pensadas para afectar directamente la tasa de innovación constituyen un alejamiento del alcance y naturaleza de la ley de competencia de la Unión Europea. En este sentido, el autor llama la atención sobre algunos análisis de la Comisión donde las consideraciones de innovación estarían, a su juicio, siendo utilizadas en reemplazo de un análisis de cierre de mercado tradicional.

Para ilustrar la discusión compara los casos Intel y Google. En Intel la Comisión menciona los impactos negativos de la conducta en la innovación luego de establecer la probabilidad de efectos exclorios (rol indirecto). En Google, Ibáñez Colomo (2016) cuestiona que en el Statement of Objections enviado por la Comisión, se menciona que la práctica podría tener un impacto negativo en los incentivos a innovar de los competidores sin que dicho impacto sea motivado por la exclusión de los competidores del mercado sino por una desventaja en el campo de juego para los mismos (15).

Finalmente, nótese que la crítica de Ibáñez Colomo (2016) al rol directo de las consideraciones de innovación, que es previo a la decisión Dow/Dupont, podría parecer consistente con la controversia explicada por Denicolo and Polo (2018) cuando cuestionan la posibilidad de que la Comisión concluya que una fusión es anticompetitiva con argumentos de inno-

(15) A la fecha del artículo, no había sido publicada la decisión sobre el caso sino solo el Memo del Statement of Objections (‘Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service’, MEMO/15/4781, Brussels, 15 April 2015), por lo que no se descarta que el análisis de efectos de la decisión final podría llevar a matizar estas conclusiones. En particular, nótese que en la decisión final se habla de potencial efecto anticompetitivo en varios mercados (se señala que la conducta tiene el potencial de excluir a competidores del servicio de *comparison shopping*).

vacación cuando el análisis estático estándar de estructura de mercado señala que dicha fusión no despierta problemas, y de que sería crítico con el análisis de la Comisión Europea en ese caso. Sin embargo, al respecto, Ibáñez Colomo (2018) (16) argumenta que está de acuerdo con Tommaso Valletti en cuanto a que no hay nada nuevo ni excepcional en casos como Dow/Dupont (17). A su criterio, la Comisión puede concluir que una fusión será negativa para la competencia mostrando que las partes venían ejerciendo mutuamente una presión competitiva significativa, y sin tener que cuantificar las variables en el escenario posterior a la fusión.

La Tabla 1 a continuación resume los casos discutidos.

Tabla 1. Consideraciones de innovación en la Comisión Europea, selección de casos recientes

Categoría	Caso	Referencia	Efectos horizontales/conductas investigadas
Fusiones	Pfizer/Hospira (2015)	M. 7559	Superposición entre productos farmacéuticos en fase avanzada de desarrollo y productos existentes
	Dow/Dupont (2017)	M. 7932	<ul style="list-style-type: none"> • Superposición entre productos agroquímicos en fase de desarrollo, • Superposición entre productos en fase de desarrollo y productos existentes • Superposición entre líneas de investigación

(16) Ver "Horizontal mergers and innovation why I agree with Tommaso Valletti" <https://chillingcompetition.com/2018/03/23/horizontal-mergers-and-innovation-why-i-agree-with-tommaso-valletti/>.

(17) Ver "Valletti attacks innovation myths", <https://globalcompetitionreview.com/article/1166591/valletti-attacks-innovation-myths>.

Categoría	Caso	Referencia	Efectos horizontales/conductas investigadas
Abusos de posición dominante	Intel (2009)	C. 37990	Reembolsos y pagos condicionados a cambio de exclusividad
	Google Search/Shopping (2017)	C. 39740	Favorecer a sus propios productos en el buscador

Fuente: Elaboración propia con base en Buehler et al. (2017), Comisión Europea https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en, Ibáñez Colomo (2016)

La discusión presentada pone en evidencia diferentes interpretaciones para un mismo caso y siembra la duda sobre si la Comisión Europea estaría adoptando criterios que se alejan de estándares previamente establecidos. No obstante, es posible combinar los criterios analíticos para elaborar un marco conceptual que contribuya a clarificar la incorporación de consideraciones de innovación en casos de defensa de la competencia: si el análisis del impacto sobre la innovación es directo o indirecto, siguiendo a Ibáñez Colomo (2016), y si el mismo es estático o dinámico. En la Tabla 2 presentamos una taxonomía que resume, a nuestro juicio, la discusión existente.

Tabla 2. Taxonomía de análisis de casos: consideraciones de innovación

	Indirecto	Directo
Estático	Pfizer/Hospira Intel	-
Dinámico	Dow/Dupont	Google Search/ Shopping

El análisis estático-indirecto es el análisis estándar y establecido, donde las consideraciones de innovación son adicionales o consecuencia de un análisis de las condiciones de competencia, a través del estudio de la estructura y funcionamiento del mercado. En Intel, habiéndose demostrado la probabilidad de efecto exclu-

sorio, las consideraciones sobre la innovación son adicionales y el caso se hubiera resuelto de igual manera aún sin las mismas. En Pfizer/Hospira, se tuvieron en cuenta consideraciones de innovación y el remedio en sí mismo incluye el producto en fase de desarrollo. Pero el hecho de que el mismo fuera un producto en la fase final lo vuelve comparable a un producto existente, lo que explica que el caso se encuentre en el cuadrante superior izquierdo de la taxonomía (Tabla 2).

El caso Dow/Dupont implicó un análisis dinámico porque consideró solapamientos de desarrollos en fases más tempranas, e inclusive tuvo en cuenta solapamientos en esfuerzos de investigación potenciales futuros e imprecisos (análisis dinámico). Sin embargo, el hecho de que haya sido claramente demostrado que la fusión implicaba la pérdida de competencia entre dos innovadores rivales y cercanos, con pocas alternativas igualmente efectivas por parte de los competidores presentes en el mercado y altas barreras de entrada, mantiene el análisis en un estándar tradicional de competencia, en el cual la afectación de la innovación es indirecta, a través de la afectación del proceso competitivo como resultado de la fusión. Es por eso que el caso se ubica en el cuadrante inferior izquierdo (análisis dinámico-indirecto) de la taxonomía presentada en la Tabla 2.

El caso Google ocupa el cuadrante inferior derecho por los argumentos esgrimidos en Ibáñez Colomo (2016), en el sentido de que el análisis se centró en una afectación directa de la innovación, considerando un impacto potencial sobre los incentivos de los competidores a innovar (análisis dinámico).

Finalmente, entendemos que, por definición, no pueden surgir casos en el cuadrante superior derecho: un tratamiento directo de la innovación fuerza necesariamente al análisis dinámico.

Para el caso argentino, frente a la taxonomía de la Tabla 2, cabe señalar que no hay evidencia que indique que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en sus dictámenes haya salido del cuadrante superior izquierdo de análisis “estático-indirecto”.

Al respecto, en la resolución de la Investigación de Mercado sobre Tarjetas de Débito, Crédito y Medios de Pago Electrónicos (18) se destacó la necesidad de facilitar las condiciones para la entrada de nuevos jugadores con tecnologías diversas a una industria tecnológicamente atrásada en Argentina. Sin embargo, todo esto se concluyó con la presunción de que el atraso era una consecuencia de la falta de competencia y la presencia de un actor con posición dominante en el mercado.

En el caso de la fusión Cablevisión/Telecom (19) las partes argumentaron que la operación derivaría en importantes ganancias de eficiencia. Entre los siete elementos señalados por las partes como fuentes de ganancias de eficiencia, dos se vinculaban con la inversión y los incentivos a invertir: un plan de despliegue de redes de fibra óptica facilitado por la fusión y ganancias de eficiencia dinámica. Si bien estos elementos no fueron tenidos en cuenta por la CNDC como un factor compensatorio de efectos anticompetitivos en mercados relevantes específicos, sí se reconoció la potencialidad de la operación de generar eficiencias dinámicas. En particular, se consideró que dichas eficiencias incentivarían la inversión de los operadores del sector, con los consecuentes efectos positivos en la calidad de los servicios. Por otro lado, se reconoció que la fusión le permitiría a la empresa fusionada reducir los costos financieros y aumentar las posibilidades de acceso al mercado de capitales, sinergias financieras estas con el potencial de afectar positivamente los incentivos a invertir (Padilla, 2018). Este tratamiento se enmarcó en la discusión de ganancias de eficiencia, contempladas tanto en los lineamientos europeos de fusiones como así también en los de Argentina, entre otros. Sin embargo, esta discusión es independiente de la taxonomía de análisis presentada en la Tabla 2.

(18) Res. 17 de la CNDC, expte. nro. S01:0204600/2016. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc_resol_invmerc_tarjetas_2.pdf.

(19) Res. Secretaría de Comercio 374 (29/6/2018), dictamen CNDC IF-2018-30740468.APN-CNDC#MP (28/6/2018). Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cndc-ordena-venta-de-activos-en-banda-ancha-fija-e-impone-obligaciones-telecom>.

III. Desafíos para la aplicación de la LDC en Argentina en sectores dinámicos, intensivos en innovación y en la inversión en tecnologías que generan aumentos de productividad difundidos

La aplicación de las normas de competencia conlleva un balance entre los riesgos de intervenir en el mercado cuando no hay problemas de competencia (error tipo I o falso positivo) y de no intervenir cuando sí los hay (error tipo II o falso negativo). Estos riesgos se ven potenciados en el caso de mercados dinámicos, con cambios tecnológicos permanentes, y donde la innovación es una variable clave del proceso competitivo. Ello se debe tanto a la mayor complejidad analítica que implica determinar la existencia de problemas de competencia en estos mercados, como a que dichos errores tienen efectos dinámicos cuando se ven afectados los incentivos a invertir e innovar.

Algunos de los elementos que complejizan el análisis económico en estos sectores son:

- La definición de mercados relevantes cuando se introducen nuevos productos y tecnologías que modifican el grado de sustitución con los productos o tecnologías previos (p. ej. los dispositivos para cobro de medios de pago electrónicos fijos versus móviles, las redes de nueva generación —NGNs— versus las redes de cobre en la provisión de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones),
- La determinación de la existencia de posición dominante frente a la presencia de otros jugadores que puedan ejercer un rol desafiante sobre la innovación de la firma investigada,
- La evaluación de las barreras de entrada cuando una fusión o una conducta investigada afecta los incentivos a invertir de los competidores (20).

(20) Hay modelos que predicen efectos negativos de las fusiones sobre la innovación de las firmas rivales: HAUCAP, J. - STIEBALE, J., “How mergers affect innovation: Theory and evidence from the pharmaceutical industry”, DICE Discussion Paper, 218 (2016). Otros modelos sugieren que los competidores de una empresa fusionada aumentarán sus esfuerzos en innovación en

La jurisprudencia y los cambios normativos recientes indican que cabe esperar una utilización consistente del marco analítico para evaluar las condiciones de competencia en los mercados, basado en conceptos económicos ampliamente difundidos y aceptados en la práctica internacional. Ello significa que, tanto las investigaciones de conductas anticompetitivas como la evaluación del impacto de las fusiones y adquisiciones deben basarse en teorías del daño a la competencia lógicamente consistentes y con sólidos fundamentos económicos en cuanto a sus efectos sobre el interés económico general (21).

En este sentido, si bien resta aún que la jurisprudencia que se genere con el nuevo marco legal vaya precisando la implementación en casos específicos, está claro que la innovación es una variable competitiva relevante que será tenida en cuenta, así como los precios, la calidad y la variedad de la oferta de bienes y servicios son considerados en los casos que involucran mercados tradicionales. Nótese en particular, que los Lineamientos de análisis de concentraciones económicas de la CNDC prevén considerar esta variable, en línea con el criterio de los lineamientos de análisis de fusiones en otras jurisdicciones y con la experiencia en Europa en particular. Además, también prevén el análisis de las características de la innovación de los competidores para evaluar los efectos de una operación de concentración (22).

respuesta a la amenaza competitiva amplificada de la empresa fusionada, aunque el modelo de FEDERICO, G. - LANGUS, G. - VALLETTI, T., “A simple model of mergers and innovation”, *Economic Letters*, vol. 157, 2017, encuentra que este aumento no compensaría la reducción de la empresa fusionada en actividades de innovación. Véase OECD, “Considering non-price effects in merger control - Background note by the Secretariat, Competition Committee” (2018).

(21) Obviamente este requisito no es necesario para las conductas tipificadas en el art. 2º de la LDC, los carteles de núcleo duro, ya que la ley considera que tienen un impacto negativo sobre el bienestar y por ello se presume su ilegalidad.

(22) Lineamientos para el control de las concentraciones económicas, res. Secretaría de Comercio 208 (11/4/2018). Véanse en particular las ps. 2, 11 y 12. Disponibles en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_concentraciones_economicas.pdf.

Es decir, operaciones o conductas que afecten la competencia, cuando dicha afectación implique una reducción de los incentivos y la capacidad de innovación, o de la inversión en tecnologías dinamizadoras de la productividad, es esperable que generen una respuesta activa por parte de la agencia de competencia, ya sea mediante remedios a operaciones de concentración como a través de sanciones a quienes incurran en conductas que generen tales efectos.

Nótese que en caso de que la variable competitiva relevante sea la innovación, la conclusión sobre la afectación a la competencia tiene necesariamente una connotación dinámica, y la LDC permite incorporar el análisis dinámico de los casos, siempre y cuando se restrinja o se limite la competencia y sea esta limitación o restricción la que impacte sobre la innovación. Es decir, la LDC habilita la jurisprudencia de casos en el cuadrante inferior izquierdo de la taxonomía de la Tabla 2 (23). El análisis de tales casos minimizaría la posibilidad de error tipo II (no intervenir cuando se debe intervenir), es decir que reduciría el riesgo de que se produzca un daño sobre la innovación generado por una fusión o conducta anticompetitiva.

Es más, la LDC protege el interés económico general solo de aquellas prácticas que lo afectan a través de su impacto sobre la competencia (24). En este sentido, en nuestra opinión, la conclusión de Ibáñez Colomo (2016) de que la legislación europea de competencia requiere que se demuestre un daño al proceso competitivo para establecer una infracción, y no convalidaría la penalización de efectos directos sobre la innovación, es aplicable a la LDC de Argentina. En otras palabras, a nuestro criterio, la LDC no habilita la jurisprudencia de casos en el cuadrante inferior derecho de la taxonomía de la Tabla 2, lo que minimiza la posibilidad del error

(23) A este análisis es trasladable el enfoque que se utiliza para evaluar mercados de productos diferenciados. Es decir que es importante considerar la cercanía de las innovaciones o las tecnologías desde el punto de vista de la demanda.

(24) La LDC penaliza las prácticas que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, en la medida que afecten el interés económico general.

tipo I (intervenir cuando no hay que hacerlo, o sea, afectar negativamente los incentivos a la innovación condicionando fusiones o penalizando conductas que no son anticompetitivas).

Los casos de Europa que hemos analizado en este trabajo fueron seleccionados por tratarse de algunos en los que la Comisión Europea ha puesto particular foco en el impacto sobre la innovación. Si bien es esta una discusión relevante en todo sentido y permite avanzar en un marco conceptual para el tratamiento de empresas innovadoras, existen algunas situaciones adicionales específicas particularmente relevantes para Argentina hoy, que necesita en lo inmediato inversiones en infraestructura y en tecnologías de propósito general (*general purpose*) que aporten a la productividad y competitividad del tejido productivo (25).

La literatura no es concluyente al respecto, pero sí hay ciertos conceptos generalmente aceptados que surgen del marco analítico previamente expuesto y que deberían guiar la aplicación de la legislación de competencia. Uno de ellos señala que, si una firma desarrolla una tecnología o producto que es superior al de sus rivales, se ha “ganado el derecho” de disfrutar (rentabilizar) el monopolio o la ventaja competitiva (Ibáñez Colomo, 2016), siempre que no incurra en prácticas de abuso de la posición dominante legítimamente adquirida. De esto se deduce, por ejemplo, que una agencia de competencia debería considerar con particular cuidado denuncias por conductas unilaterales que comprometan la rentabilidad de inversiones recientes en infraestructura, de modo de evitar intervenir cuando no se evidencia daño al proceso competitivo. En tales casos el error tipo I (intervención cuando no se debía intervenir), y la señal que el mismo enviaría a los agentes económicos, podría tener efectos particularmente nocivos para los incentivos a continuar invirtiendo. El mismo marco conceptual indica la necesidad de un análisis cauto que minimice el riesgo de error tipo II (no intervenir cuando es necesario hacerlo) al evaluar justificaciones

(25) Las *general purpose technologies* son aquellas que afectan a la economía como un todo de manera transversal. Los ejemplos a lo largo de la historia han sido la máquina de vapor, el ferrocarril, la electricidad, etc. Aquellos más recientes son la informática e Internet.

basadas en supuestos beneficios futuros no demostrables.

IV. Conclusiones

El estudio de la relación entre competencia e innovación y la experiencia internacional en la aplicación de las normas de defensa de la competencia muestran que no existe un consenso generalizado sobre la manera de abordar consideraciones de innovación en fusiones y casos de conductas. Sin embargo, sí es posible precisar el alcance de este dilema en la estructura analítica aplicada a casos de defensa de la competencia y a partir de ahí explorar algunas decisiones que señalan el sendero de la tendencia más reciente.

Ha sido frecuente en los últimos años escuchar a la Comisión Europea invocando el impacto en la innovación para justificar sus decisiones (Ibáñez Colomo, 2016) (26), lo que ha generado un debate acalorado. A través de la revisión de tal debate, en este artículo hemos intentando conformar un marco conceptual preliminar que ayude a clarificar algunos criterios para el análisis de casos que involucran mercados dinámicos, empresas innovadoras y sectores con altos niveles de inversión que impactan en la productividad de la economía.

(26) "...our competition rules allow us to protect innovation...", VESTAGER, Margrethe, "European Competition Commissioner, When technology serves people", Brain Bar Budapest, 1/6/2018; "Harmful mergers don't just mean consumers pay more... They can mean that companies stop trying to innovate...", VESTAGER, Margrethe, "Competition in changing times", FIW Symposium, Innsbruck, 16/2/2018; "...we've never objected to the fact that Google's search engine dominates the market. We just don't want it to use that dominance to squeeze out innovation", VESTAGER, Margrethe, "Clearing the path for innovation", Web Summit, Lisbon, 7/11/2017.

El análisis realizado permite concluir que, si bien siempre es necesario evaluar las características específicas de cada caso, en nuestra opinión es posible afirmar que el marco regulatorio argentino en materia de defensa de la competencia habilita el análisis de los efectos económicos sobre la innovación y la inversión, ya sea en la evaluación de una operación de concentración económica o en la investigación de potenciales conductas anticompetitivas, lo cual implica que la defensa de la competencia tiene una connotación dinámica y no solo estática.

También hemos concluido que la incorporación de efectos dinámicos en la investigación y evaluación de casos de defensa de la competencia requiere del uso del instrumental analítico tradicional, que implica mostrar efectos sobre el proceso competitivo, y que la afectación al proceso competitivo sea la que genere un impacto al interés económico general.

El vínculo entre defensa de la competencia e innovación ha sido históricamente, en nuestra opinión, un vínculo estable donde el tratamiento de la innovación se ha mantenido en general como un análisis subsidiario al análisis estático. Las decisiones recientes en Dow/DuPont y Google han desafiado esa estabilidad, han puesto sobre la mesa la *innovation theory of harm* y han evidenciado la necesidad de un debate que genere certidumbre sobre el accionar de las empresas y propicie incentivos a la innovación.

En Argentina este debate es incipiente y será continuado en la jurisprudencia que originen los casos por venir, pero es un debate relevante como parte de las condiciones necesarias para que Argentina se consolide en un sendero de desarrollo sostenible.

Una aproximación económica al análisis antitrust de plataformas multilados

MARCELO CELANI (*)

I. Introducción

Las plataformas desempeñan un papel cada vez más importante en la “nueva economía” (1) usando tecnologías para conectar dos o más agentes económicos y facilitando intercambios que crean valor para ambas partes. El tipo y la cantidad de plataformas en la economía se han multiplicado en los últimos años y, por su peso relativo en los mercados donde operan, cada vez invitan más al escrutinio de los reguladores de competencia.

Pero como es conocido y admitido, los reguladores de todo el mundo suelen estar algunos pasos atrás respecto del rápido ritmo de innovación establecido por los actores del mercado y ese fenómeno es aún más evidente en “la nueva economía”, que tiene características peculiares y que son distintas de los mercados típicos o tradicionales (2). Así, las herramientas disponibles para que los reguladores comprueben y garan-

ticen la competencia, a menudo, son inadecuadas en el caso de los modelos comerciales de plataformas. Por ejemplo, la definición de mercado puede ser engañosa empleando los mismos criterios tradicionales de antitrust puede. Por lo tanto, muchas prácticas no competitivas en estas plataformas pueden ser mal evaluadas e incluso algunas pasar desapercibidas.

Este documento analiza la literatura existente sobre plataformas multilaterales y discute las características únicas desde una perspectiva de antitrust. En particular, discutimos la existencia de efectos de red directos e indirectos como componente central de estas estructuras de negocios, definición de mercados, barreras de entrada, costos de cambiar, cláusulas de paridad de precios, integración vertical y estrategias de precios en este entorno de industrias multilaterales.

II. Definiciones

Las plataformas multilaterales (MSP) son organizaciones que crean valor principalmente al permitir interacciones directas e indirectas entre dos o más tipos de clientes afiliados a las mismas. Una plataforma usa tecnología para conectar e *intermediar* un conjunto dispar de compradores y vendedores.

La Comisión Europea para la Competencia (3) propuso la siguiente definición en su documento de consulta pública: “Plataforma en lí-

(*) Economista especialista en Regulación de Servicios de Infraestructura y Política de Competencia. Profesor Titular de la Escuela de Negocios y de la Escuela de Gobierno de la UTDT. Asesor del Banco Mundial y asesor de empresas. Ha actuado como consultor del Gobierno de Argentina, Uruguay, República Dominicana, Perú, Panamá, entre otros. Asesor de empresas.

(1) VAN ALSTYNE, Marshall W. - PARKER, Geoffrey G. - CHOUDARY, Sangeet P., “Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy. Scale now trumps differentiation”, *Harvard Business Review*, abril 2016.

(2) BEZZINA, Jérôme - TERRAB, Mostafa, “Impacts of New Technologies on Regulatory Regimes”, *Communications & strategies*, special issue, nov. 2005, p. 15.

(3) EUROPEAN COMMISSION, “Public Consultation on the regulatory environment for platforms, online

nea' se refiere a una empresa que opera en dos (o múltiples) mercados, que utiliza Internet para permitir las interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes para generar valor para al menos uno de los grupos".

Evans y Schmalensee⁽⁴⁾ proponen una definición de plataforma de múltiples lados que captura sus características principales. "Una plataforma de múltiples lados tiene (a) dos o más grupos de clientes; (b) que se necesitan mutuamente de alguna manera; (c) pero que no pueden capturar el valor de su mutua atracción por sí mismos; y (d) confían en el catalizador para facilitar la interacción de valor entre ellos. Por lo tanto, su enfoque está en la creación de valor mediante la resolución de un problema de coordinación y costos de transacción entre los diferentes grupos de clientes".

Una contribución importante es la que acercaron Jean-Charles Rochet y Jean Tirole quienes se centraron en la diferencia en los *precios relativos* que se cargan a los dos lados del mercado como una característica económica de este modelo de negocios. Así, su definición de mercados bilaterales refleja este énfasis: "Un mercado tiene dos caras si la plataforma puede afectar el volumen de transacciones al cobrar más a un lado del mercado y reducir el precio pagado por el otro lado en una cantidad igual; en otras palabras, la estructura de precios importa, y las plataformas deben diseñarla para que ambas partes participen" (5). Estos autores expusieron que los precios óptimos, tanto desde el punto de vista de la maximización del beneficio como de la maximización del bienestar social, podrían implicar precios por debajo del costo marginal de provisión a un lado y por encima del costo marginal de provisión al otro lado.

intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy", European Commission, 2015.

(4) EVANS, D. - SCHMALENSSEE, R., "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses", Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, 623, 2012.

(5) ROCHET, J. C. - TIROLE, J., "Two-Sided Markets: A Progress Report", *RAND Journal of Economics*, 37, 2006, pp. 645-667.

III. Características económicas de las MSP

La economía industrial que dominó el siglo XX era, y sigue siendo, una economía donde las economías de escala provenían del lado "de la oferta". Bajos costos fijos medios y bajos costos marginales se obtienen cuando las empresas logran escala y sobre ella construir una ventaja a través de la cual pueden alcanzar un mayor volumen de ventas que sus competidores. Esa escala les permite reducir los precios, lo que aumenta aún más el volumen, y lo que permite precios más bajos en un ciclo de retroalimentación virtuoso. La economía moderna que conocemos está basada en esa lógica de funcionamiento porque en efecto, es en la búsqueda de las economías del lado de la oferta que las empresas pueden lograr poder de mercado, controlando los recursos, aumentando la eficiencia y mitigando los desafíos de la competencia. El objetivo de la estrategia en este mundo es construir un "cercó" alrededor del negocio que lo proteja de la competencia y la canalice hacia otras empresas. Y la obtención de economías de escala de oferta es el camino usual.

Por el contrario, la fuerza impulsora detrás de la economía de las plataformas (y en gran medida de la economía basada en Internet)⁽⁶⁾, son las economías de escala del lado de la demanda, también conocidas como *efectos de red*. Estos efectos se ven reforzados por tecnologías que crean eficiencias en la agregación de la demanda (p. ej., mejorando las búsquedas), el desarrollo de aplicaciones y otros fenómenos que ayudan a las redes a expandirse. En la economía de Internet, las empresas que obtienen un mayor "volumen" que los competidores (es decir, atraen más participantes de la plataforma) ofrecen un valor promedio más alto por transacción o interacción. Esto se debe a que cuanto mayor es la red, mejores son las coincidencias entre la oferta y la demanda y más ricos son los datos que se pueden usar para encontrar coincidencias. En definitiva, una mayor escala de la demanda genera más valor para los miembros de la plataforma, lo que atrae a más participantes, lo cual, crea más valor en un círculo virtuoso de retroalimentación.

(6) VAN ALSTYNE, Marshall W. - PARKER, Geoffrey G. - CHOUDARY, Sangeet P., "Pipelines, Platforms...", cit.

Estos efectos de red surgen porque una MSP proporciona un soporte que facilita interacciones o transacciones entre participantes de la plataforma, ya sea que pertenezca a un mismo lado (efectos de red *directos*) o a distintos lados (efectos de red *indirectos*). En este último caso, los miembros de un lado tienen más probabilidades de incorporarse a la MSP cuando más miembros de otro lado lo hacen porque lo que importa para los primeros es interactuar con los segundos y viceversa. Esto también se denomina *externalidad indirecta*.

Mucho se ha hablado sobre la idea que las plataformas son capaces de sustituir a viejas formas de producción de servicios (un caso notable es Uber y los servicios de taxi tradicionales). Desde un punto de vista de eficiencia, las MSP pueden realizar de mejor manera dos funciones económicas para sus múltiples lados(7) que lo que lo logran, modos de producción tradicionales(8).

En primer lugar, pueden reducir los *costos de búsqueda*, que son los costos incurridos por las distintas partes *antes* de realizar transacciones entre ellos. Un usuario de taxi debe salir a la calle, esperar que pase una unidad vacía para poder subirse a ella, para lo cual se requiere la concurrencia de elementos ajenos a ambas partes (en su mayoría aleatorios). En algunos casos esa transacción se realiza rápidamente (en zonas céntricas, p. ej.) en otras las partes deben esperar un tiempo para “encontrarse”. Ese mismo servicio, provisto desde una plataforma es más eficiente porque evita esperas y, además, provee información a las partes de quién es la otra (reduce una asimetría de información). Estos costos de búsqueda, que conforman un componente más amplio de costos denominados costos de transacción, pueden ser muy importantes en mercados amplios. La evidencia parece señalar que el ahorro de esos costos es un motivo para que una parte sustancial de la demanda de servicios elija estos modos de producción del servicio a través de plataformas.

(7) HAGIU, Andrei, “Multi-Sided Platforms: Foundations and Strategy”, HBS Case N 9-714-436, Harvard Business School Publishing, Boston, 2013.

(8) HAGIU, Andrei - WRIGHT, Julian, “Multi-Sided Platforms”, HBS Working Paper No. 12-024, 2011.

En segundo lugar, la producción de los servicios a través de plataformas puede reducir los *costos compartidos*, que son costos incurridos por los múltiples lados *durante* las transacciones reales. Un ejemplo de esto último es que las plataformas suelen *facilitar* las transacciones a partir de brindar servicios tales como medios de pago que evitan a las partes tener que recurrir a soluciones por fuera de las plataformas. Si los lados tuvieran que proveerse de sus propios mecanismos de pago (p. ej., llevar efectivo), la transacción sería menos atractiva. Naturalmente, la logística es un costo compartido que las plataformas eficientizan de manera notable (esto explica la aparición de empresas como *Glovo*, *PedidosYa*, etc.).

Existe la tendencia a pensar que, como la función de una plataforma es la de intermediar, cualquier tipo de intermediación es una plataforma. Sin embargo, esto no es correcto. Es útil pensar en las MSP como empresas u organizaciones que son a la vez *plataformas e intermediarios* del mercado. Las plataformas son insumos o tecnologías esenciales que sirven de base sobre las cuales otras partes pueden interactuar o crear productos o servicios complementarios(9). Los intermediarios del mercado son empresas que reducen los costos de búsqueda y transacción para las interacciones entre dos o más grupos distintos de clientes(10). Por lo tanto, muchas empresas son plataformas, pero no MSP. El ingrediente clave que falta de tales empresas, en relación con las MSP, es la afiliación de múltiples grupos de clientes a través de los *efectos de red indirectos*. Del mismo modo, muchas empresas son intermediarias, pero no MSP. Podríamos denominarlas revendedores. Estas firmas compran productos de proveedores y los revenden a los clientes. No permiten ninguna interacción directa entre proveedores y clientes, a diferencia de los MSP. La distinción entre MSP y revendedor a veces puede ser bas-

(9) GAWER, A. - CUSUMANO, M., “How Companies Become Platform Leaders”, *MIT Sloan Management Review* 49 (2), 2008; CUSUMANO, M., “Staying Power: Six Enduring Principles for Managing Strategy and Innovation in an Uncertain World”, Oxford University Press, UK, 2010.

(10) SPULBER, Daniel F., *Market Microstructure: Intermediaries and the Theory of the Firm*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1999.

tante sutil, pero sigue siendo económicamente significativa. Por ejemplo, iTunes de Apple funciona como un revendedor: los consumidores compran o alquilan música y películas de Apple, que tiene control total sobre los precios y es plenamente responsable de los productos vendidos. Por el contrario, la *App Store* de Apple funciona como un MSP: los contratos de compra de los consumidores son con los desarrolladores de aplicaciones, que tienen el control de los precios y el diseño de sus productos.

En resumen, la característica central de una MSP es que intermedia con el fin de promover la interacción entre los distintos lados. Esa interacción puede ser *bidireccional* (ambas partes se buscan como en un sitio de compras del estilo MercadoLibre) o *unidireccional* (como Google donde el buscador de información no interactúa con el otro lado —la publicidad— pero sí a la inversa).

Como puede apreciarse, existen ciertas características únicas de las MSP que las diferencian de las empresas tradicionales y ello conlleva impactos en materia de cómo evaluar su evolución y sus conductas. La próxima sección de aboca a ello.

IV. La fijación de precios en una MSP

En primer lugar, los precios individuales cobrados en un lado no siguen necesariamente los costos o la demanda en ese lado del mercado. De hecho, el hecho de que los beneficios y los costos surjan conjuntamente en los dos lados del mercado significa que no hay relación económica significativa entre los beneficios y los costos en cualquier lado del mercado considerado por sí mismo o aisladamente. Se necesitan dos para bailar un tango. En segundo lugar, no se puede hablar sobre los precios individuales de forma aislada. Cualquier cambio en la demanda o costo en cualquier lado del mercado necesariamente afectará ambos precios junto con la suma de esos precios. En tercer lugar, los productos en mercados bilaterales no pueden existir a menos que las empresas en esos mercados obtengan “ambos lados a bordo”. Esto da lugar a estrategias de fijación de precios e inversión que difieren de las tomadas en mercados unilaterales. En cuarto lugar, cualquier análisis del bienestar social debe tener en cuenta el ni-

vel de precios, la estructura de precios y las alternativas factibles para lograr que ambas partes participen.

La demanda de un grupo en un mercado bilateral depende en gran medida de la demanda del otro grupo y esto tiene algunas implicaciones interesantes para la estructura de precios. Las plataformas tienen que calibrar los precios entre los dos grupos a sabiendas que no pueden considerarse uno aislado del otro. Si cobran un precio muy alto a un lado, desaniman a los integrantes del mismo a unirse a la plataforma. Esto, a su vez, desalentará también al otro lado a unirse a la plataforma, ya que tendrían acceso a menos participantes del primer grupo. Por lo tanto, las plataformas deben elegir sus estrategias de precios basadas en las elasticidades relativas de los dos grupos. Así, los precios en ambos lados del mercado dependen del conjunto de elasticidades de demanda. En cualquier mercado, los precios suelen caer a medida que aumenta la elasticidad precio de la demanda, pero en un mercado bilateral el efecto puede ser incluso mayor: el bajo precio de un lado no solo atrae a los consumidores sensibles al precio de ese lado, sino que también, como resultado, conduce a precios más altos o más participación en el otro lado. El valor aumentado extraído del otro lado magnifica el valor de tener consumidores en el primer lado, lo que lleva a un aumento aún mayor del precio y de cantidad para el lado que experimenta el aumento en la elasticidad⁽¹¹⁾.

Un elemento fundamental en las estrategias de fijación de precios disponibles para las plataformas es diferenciar si son transaccionales o no. Los mercados bilaterales no transaccionales se caracterizan por la ausencia de una transacción entre las dos partes del mercado y, aunque existe una interacción, la plataforma no suele observarla, por lo que la plataforma no puede establecer una tarifa por interacción o una tarifa de dos partes. Ejemplos de mercados no transaccionales bilaterales son mercados de medios tradicionales. Los editores de periódicos, por ejemplo, establecen precios de acceso en ambos lados.

(11) RYSMAN, Marc, “The Economics of Two-Sided Markets”, *The Journal of Economic Perspectives*, 23 (3), 2009, ps. 125-143.

Los mercados de transacciones bilaterales se caracterizan por la presencia y observabilidad de una transacción entre los dos grupos de usuarios de la plataforma. Entonces, la plataforma no solo puede cobrar un precio por unirse a la plataforma, sino también por usarla, es decir, puede cobrar una tarifa de dos partes. Un ejemplo de mercado de transacción bilateral es el mercado de tarjetas de pago.

Podemos decir que los mercados bilaterales no transaccionales se caracterizan por externalidades de membresía (o efectos de red indirectos), en tanto que los mercados de transacciones bilaterales *también* se caracterizan por externalidades de uso. Las externalidades de membresía surgen de unirse a la plataforma (comprar un periódico o colocar un anuncio en un periódico, tener una tarjeta de crédito o tener un terminal de punto de venta, incluir su producto en una subasta o asistir a una subasta), mientras que las externalidades de uso surgen de usar la plataforma (pagando o aceptando el pago con una tarjeta, vendiendo y comprando un producto en una subasta). El valor de unirse a la plataforma depende del número (o más en general, la demanda) de los clientes del otro lado.

La magnitud de los efectos antes descritos depende si los dos lados del mercado son *single-homing* (que usan una sola plataforma) o *multi-homing* (usan múltiples plataformas). Si tanto los clientes como los vendedores son *multi-homing*, es decir, usan varias alternativas para el servicio, la competencia puede ser saludable y ninguna plataforma única tendrá un poder de mercado significativo.

Curiosamente, si uno de los lados es *single-homing* y otro no, la competencia puede tener un gran efecto en el lado que usa una sola plataforma y casi ningún efecto en el lado que usa plataformas múltiples. Por ejemplo, los usuarios que están incentivados a usar más frecuentemente una marca de tarjeta de crédito (independientemente que estén asociados a varias) se verán beneficiados por precios de uso bajos (o descuentos) porque el sistema tenderá a cobrar comisiones altas al otro lado de la plataforma (los comercios) que están obligados por razones comerciales, a asociarse a todos los

sistemas (12). Una versión de este fenómeno se discutirá más adelante cuando discutamos el caso American Express.

Otro aspecto importante que considerar es que, aunque el *single-homing* intensifica la competencia para los usuarios de *single-homing*, también aumenta las barreras para la entrada al mercado. Esto también se aplica a las redes que causan altos costos de cambiar debido a sus enlaces resultantes con usuarios individuales específicos y, por lo tanto, pueden tener un fuerte efecto de bloqueo. En tales casos, es posible que los nuevos proveedores tengan que sacar a los usuarios de las plataformas o redes que ya existen. Además, para las plataformas puede aumentar el incentivo para concluir acuerdos de exclusividad con usuarios *single-homing*, un desarrollo que facilitaría o aseguraría la concentración en el mercado.

Finalmente, para capturar el mercado por un lado y atraer números suficientemente grandes por el otro, hay una probabilidad de que ocurra un precio que tenga características de predatorio, donde un intermediario baja el precio al principio del ciclo de vida del producto y lo aumenta después de haber establecido una base. Al igual que en los mercados de un solo lado, los precios predatorios pueden ser perjudiciales para la competencia en una plataforma multifacética. Una plataforma puede expulsar a los rivales del negocio bajando el precio a uno o más grupos a los que atiende. Después de sacar de la competencia a un rival, la plataforma, como una empresa de un solo lado, podría subir los precios y reducir los subsidios, con lo que se recuperarían las pérdidas. Sin embargo, las pruebas estándar que miden la fijación de precios predatorios son inútiles en el contexto de las plataformas, ya que las pruebas se basan en la suposición de que los precios de maximización de ganancias nunca están por debajo del costo marginal. Sin embargo, para las plataformas multilaterales, el modelo económico podría consistir en cobrar un precio más bajo que el costo marginal (precio gratuito o incluso negativo). Es que los precios predatorios pueden explotar la presencia de efectos de red indirectos.

(12) ARMSTRONG, Mark, "Competition in Two-Sided Markets", *The Rand Journal of Economics*, 37 (3), 2006, ps. 668-691.

tos en los mercados multilaterales y la necesidad de lograr una masa crítica en todos los lados. Al cobrar precios bajos sin beneficios, una plataforma podría dificultar que un rival, que no puede igualar estos precios bajos, obtenga una masa crítica de clientes” (13).

V. Algunos elementos del análisis antitrust aplicado a MSP

Como hemos mencionado, la economía de los mercados bilaterales difiere de la economía de los mercados unilaterales en aspectos importantes. Esto impacta definitivamente en la manera en que se deben evaluar los fenómenos observados en esas industrias y el análisis antitrust no está exento de ello (14).

V.1. El problema de la definición de mercado en un entorno de MSP

Se han propuesto diferentes definiciones de un mercado multilateral. Si bien el debate puede no estar completamente resuelto, para todos los propósitos prácticos, una buena definición de trabajo es que un mercado bilateral es un mercado en el que una empresa actúa como plataforma y vende dos productos o servicios diferentes a dos grupos de consumidores, al tiempo que reconoce que la demanda de un grupo de clientes depende de la demanda del otro grupo y, posiblemente, viceversa.

En la práctica, para evaluar la naturaleza bilateral —o no— del mercado, son posibles enfoques tanto cualitativos como cuantitativos. Como primer paso, uno podría usar un enfoque cualitativo y centrarse en verificar si existen efectos de red indirectos y, de ser así, cuál es su signo, es decir, si estos efectos son positivos o si son negativos. Si no están presentes, uno podría proceder teniendo en cuenta el(los) mercado(s) unilateralmente es decir aisladamente. Si, en cambio, los efectos de red indirectos están presentes, es necesario distinguir si el mercado es o no transaccional. Si no lo es, dado que el

traspaso entre usuarios finales es por definición cero, hay dos mercados separados.

Una segunda cuestión que resulta esencial para poder definir un mercado relevante en un entorno de plataformas es distinguir si la misma es transaccional o no. *A priori*, la hipótesis inicial más apropiada en un entorno transaccional es que ambos lados deben ser definidos en un mismo mercado relevante. Como veremos más adelante, esta fue la decisión de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en el caso *American Express*. Si la plataforma es transaccional, también se debe verificar si hay costos de transacción o, de manera más general, límites al establecimiento bilateral de precios entre compradores y vendedores o si existen restricciones de plataforma para los precios entre los clientes de ambas partes. Solo si estas restricciones existen, entonces el mercado tiene dos lados, porque el lado que cobra el precio más alto por la plataforma no podría pasar completamente la diferencia de precios al otro lado. De hecho, cuanto menor es el traspaso entre las partes que realizan transacciones, más importante es la naturaleza bilateral del mercado.

Una de las consecuencias de definir un solo mercado es que una empresa estaría en ambos lados del mercado o en ninguna. Definir en su lugar dos mercados interrelacionados permitiría que una plataforma esté en un lado del mercado, pero no en el otro. Por ejemplo, una compañía de tarjetas de crédito o débito se encuentra en un mercado relevante que integra ambos lados por la simple razón de que la transacción entre el comprador y el comerciante se lleva a cabo utilizando los servicios de la empresa en ambos lados.

Sin embargo, en un caso que involucra a las emisoras de televisión, un producto podría estar en el mercado relevante en el lado de la publicidad, pero no del lado de los televidentes (lo mismo ocurre en las investigaciones del caso Google). Por ejemplo, supongamos que las personas no consideran a la televisión y los periódicos como sustitutos porque leen a estos últimos en yendo al trabajo y ven televisión en casa por la noche. Suponiendo que los anunciantes estén interesados en llegar a cada persona solo una vez durante un día, tenderán a considerar la televisión y los periódicos como sustitutos.

(13) EVANS, D. S. - SCHMALENSEE, R., “The Antitrust Analysis...”, cit.

(14) OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms”, 2018, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

La TV estaría entonces en el mismo mercado relevante que los periódicos en el lado de la publicidad, pero no en el lado de los espectadores. El análisis de un caso que involucra a las emisoras de televisión debe permitir concluir que los periódicos ejercen presión competitiva sobre la televisión en el mercado de la publicidad, pero no en el mercado del contenido.

Claramente, en los mercados de transacciones bilaterales, los usuarios finales de ambas partes se le cobrará una tarifa fija por unirse a la plataforma y/o una tarifa por transacción por el uso de la plataforma. La peculiaridad de los mercados de dos lados transaccionales no es la presencia de aranceles de dos partes. Las diferencias con respecto a un mercado de un solo lado es la presencia de efectos de red indirectos entre los mercados de membresía en las dos partes y el hecho de que el mercado de uso es un mercado de transacciones que une los dos lados. Estas diferencias implican que un mercado único que abarque la membresía y el uso no puede sino abarcar ambos lados del mercado. Por lo tanto, las limitaciones competitivas que enfrenta una plataforma en sus estrategias de fijación de precios se pueden evaluar solo teniendo en cuenta ambas partes al definir el mercado relevante.

Solo en el caso particular de un mercado no transaccional bilateral con una sola externalidad, se puede realizar de manera segura un ejercicio de definición de mercado, en el lado del mercado que no ejerce ninguna externalidad, independientemente de la otra parte. En efecto, como dijimos, en un mercado no transaccional bilateral no existe una transacción y, como resultado, no existe un vínculo tan fuerte en el mercado de uso. En estos mercados, el vínculo entre los mercados está presente debido a los efectos de red indirectos, y debe tenerse en cuenta al definir el mercado relevante, pero no es tan fuerte como para implicar la necesidad de un mercado único para el propósito de la definición del mercado.

V.2. Una aproximación al poder de mercado de las MSP: el rol de los efectos de red

Los efectos de red que han sido mencionados anteriormente, tanto directos como indirectos, son una fuente de poder de mercado para las

plataformas. Los efectos de red indirectos entre las dos partes promueven plataformas de doble lado más grandes. Las plataformas con más clientes de un grupo son más valiosas para el otro grupo. Por ejemplo, más usuarios hacen que las plataformas de software sean más valiosas para los desarrolladores y más desarrolladores hacen que las plataformas de software sean más valiosas para los usuarios. Estos efectos de retroalimentación positiva hacen que las plataformas con más clientes, en ambos lados(15), puedan resultar más valiosas para ambos grupos de clientes.

Para tomar otro ejemplo, los servicios en línea para viajar como Uber tienen fuertes efectos de red indirectos. Los pasajeros se benefician de más conductores en la plataforma y los conductores se benefician de cada pasajero adicional agregado al sistema. Además, un mayor número de conductores ofrece un incentivo para que más usuarios se inscriban en la plataforma, ya que reducirá el tiempo y los costos de espera, y al mismo tiempo aumentará el número de conductores que incentivarán a más conductores a unirse a la plataforma ya que aumentará la demanda de sus servicios.

Si no hubiera factores compensatorios, esperaríamos que los efectos indirectos de la red llevaran a las MSP a competir *por* el mercado. Las primeras que alcancen la denominada *masa crítica*(16) tendrían una ventaja y tendríamos la intuición de que la empresa que obtiene una ventaja tiende a ampliar esa ventaja como resultado de los efectos de retroalimentación positiva y, por lo tanto, gana la carrera por el mercado(17). Otras empresas podrían competir

(15) Debe tenerse en cuenta que estamos suponiendo que el efecto de red indirecto es bidireccional. En las plataformas en donde el efecto es unidireccional, el efecto persiste pero para un solo lado. Por ejemplo, en el caso de un buscador de internet, a las empresas de publicidad les interesa saber cuántos usuarios hay buscando información, pero no se materializa un interés en contrario.

(16) ECONOMIDES, Nicholas, "The Economics of Networks", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 14, nro. 2, 1996.

(17) EVANS, David S. - SCHMALENSSEE, Richard, "A Guide to the Antitrust Economics of Networks", 10 *Antitrust Mag.* 36, 1996 y SHAPIRO, Carl - VARIAN, Hal R., "Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy", *Harvard Business School Press*, 1999.

con esta ventaja solo si ofrecieran a los consumidores de ambos lados algo que compensara la ventaja de tamaño del primer jugador.

En efecto, los efectos indirectos de red a menudo pueden llevar al *tipping*, que es “la tendencia de uno (o dos) sistema (s) a alejarse de sus rivales en popularidad una vez que ha ganado una ventaja inicial” (18). Definimos *tipping* aquí como el grado de concentración de la cuota de mercado debido a los efectos de red indirectos. Después de la competencia inicial, finalmente, una plataforma atrae a más usuarios, ya sea porque está incluida con el hardware del desarrollador (p. ej., en los teléfonos celulares) o porque existe un número mayor de elementos complementarios (aplicaciones) que lo hacen más atractivo. Es decir, los efectos de red conducen a un “efecto de retroalimentación positiva”. Para que esto ocurra, sin embargo, la plataforma debe alcanzar una base de usuarios crítica.

Por ello, existe un consenso entre los economistas de que los efectos de red indirectos pueden conducir a la concentración de poder de mercado (19). Esto se debe a que, en esencia, una medida empírica de *tipping* tendría que comparar la concentración esperada en un mercado con la concentración hipotética esperada que surgiría si se redujeran o eliminaran las fuentes de los efectos indirectos de la red. Katz y Shapiro desarrollaron un modelo para evaluar la existencia de inclinaciones en la industria de los videojuegos y descubren que “las sugerencias surgen a medida que fortalecemos la red indirecta al aumentar la utilidad del *software* o al aumentar el grado de paciencia del consumidor. En algunos casos, esto puede llevar a un aumento en la concentración del mercado en 24 puntos porcentuales o más” (20).

En la economía en línea, los efectos de red se acentúan mediante el uso de algoritmos de

aprendizaje automático y de datos. Los efectos de la red de datos “ocurren cuando su producto, generalmente impulsado por el aprendizaje automático, se vuelve más inteligente ya que obtiene más datos de sus usuarios” (21). Los motores de búsqueda de Google y el *feed* en vivo de Facebook que personalizan los resultados en función del comportamiento pasado del usuario son ejemplos de efectos de red de datos. En resumen, “mientras más usuarios usen su producto, más datos aportan; Cuantos más datos aporten, más inteligente será su producto (lo que puede significar cualquier cosa, desde mejoras en el rendimiento del núcleo hasta predicciones, recomendaciones, personalización, etc.); Cuanto más inteligente sea su producto, mejor será para sus usuarios y más probable es que regrese con frecuencia y aporte más datos, y así sucesivamente” (22). Esto afianza aún más el efecto de escala y aumenta la tendencia del mercado al *tipping*.

Para finalizar la discusión sobre los efectos indirectos, digamos que estos también pueden disminuir con el tamaño de la plataforma si el crecimiento lleva a la congestión o a la degradación del servicio o si simplemente los usuarios abandonan por otros motivos la plataforma. En un tamaño determinado, la expansión del número de clientes en la plataforma puede generar congestión que aumenta los costos de búsqueda y transacción (23). Es posible reducir la congestión aumentando el tamaño de la plataforma física, pero a su vez puede aumentar los costos de búsqueda. De hecho, para optimizar la búsqueda de socios, las plataformas de dos lados pueden encontrar que es mejor limitar el tamaño de la plataforma y preseleccionar a los clientes en ambos lados para aumentar la probabilidad de una coincidencia.

En la literatura especializada se menciona que se requieren de algunas condiciones para que ocurra el *tipping* al menos en su versión

(18) KATZ, M. L. - SHAPIRO, C., “Systems Competition and Network Effects”, *Journal of Economic Perspectives*, 8 (2), 1994, ps. 93-115.

(19) DUBÉ, J.-P. H. - HITSCH, G. J. - CHINTAGUNTA, P. K., “Tipping and Concentration in Markets with Indirect Network Effects”, *Marketing Science*, 29 (2), 2010, ps. 216-249.

(20) *Ibidem*.

(21) TURCK, Matt, “The Power of Data Network Effects” (4/1/2016), retrieved June 27, 2018, from [mattturck.com: http://mattturck.com/the-power-of-datane트워크-effects/](http://mattturck.com/the-power-of-datane트워크-effects/).

(22) *Ibidem*.

(23) Un ejemplo lo provee RYSMAN, Marc, “Competition Between Networks: A Study of the Market for Yellow Pages”, 71 *Rev. Econ. Studies* 483, 2004.

más extrema (un jugador dominante). Una de ellas es que este jugador adopte una estrategia no cooperativa y esta sea la ganadora en un ambiente donde el ganador se lleva todo (o el ganador se lleva la mayoría). Esto puede suceder en ambientes donde las plataformas no están interconectadas, o en el caso de los efectos de red indirectos, la competencia tiene lugar entre productos incompatibles, servicios o estándares técnicos (24). Otra razón que puede alentar el *tipping* es la tecnología patentada, que es incompatible con otros productos potencialmente sustituibles, proporciona una condición necesaria (pero no suficiente) para *tipping*.

Pero, finalmente, una de las condiciones para que el *tipping* cree preocupaciones desde el punto de vista de defensa de la competencia es que los usuarios de uno o más lados de la plataforma tengan alto costo de salirse de ella u optar por otras plataformas (*lock in effect*) debido a costos de cambio o *switching costs*. En ausencia de costos de cambio se impone el *multi-homing* entre plataformas, aun aquellas que son sustitutas entre sí. Un ejemplo lo constituye Groupon, un líder del mercado de ofertas. Groupon es una MSP que conecta a los comerciantes que ofrecen descuentos a los consumidores, exhibiendo efectos de red indirectos: mientras más usuarios se registren para recibir ofertas de Groupon, más atractivo se vuelve para los comerciantes ofrecer descuentos a través de Groupon, y viceversa. Según relata Evans, muchos inversionistas asumieron que estos efectos de red indirectos conducirían a un vuelco del mercado, lo que propulsó a Groupon a elevadas valoraciones en un tiempo récord. La capitalización de mercado de Groupon fue de u\$ 18 mil millones justo después de su salida a bolsa en noviembre de 2011. Un año y medio después, esta valoración se redujo drásticamente a u\$ 3,1 mil millones cuando los analistas e inversores se dieron cuenta de que los bajos costos de cambio y el *multi-homing* en ambos lados

de este mercado dejaban la puerta abierta para muchos tratar sitios para competir.

Hasta ahora hemos hecho hincapié en los efectos indirectos. Katz y Shapiro (25) hablan de externalidades de red como un proceso donde la “utilidad que un usuario obtiene del consumo de un bien aumenta con el número de otros agentes que consumen el bien”. Hay efectos de red *directos* si la adopción de un agente de un bien a) beneficia a otros adoptantes del bien (un “efecto total”) y b) aumenta los incentivos de los demás para adoptarlo (un “efecto marginal”) (26). En la forma más simple, cuanto mayor es el número de personas que usan un bien en particular, mayor es la cantidad de utilidad que obtiene cada participante. Muy pocos mercados tradicionales exhiben efectos de red directos porque la mayoría de los productos o servicios que consumimos a diario tienen propiedades de rivalidad. La rivalidad es un rasgo de un bien en el que la utilización de un bien por un consumidor impide el uso simultáneo o disminuye la utilidad obtenida por el uso simultáneo de otro cliente.

Los efectos de red directos son un elemento esencial para entender el *tipping* en plataformas donde los efectos indirectos no son tan fuertes o son unidireccionales, porque los efectos directos explican el tamaño de un lado aisladamente. Por ejemplo, Facebook es un caso donde los usuarios habituales que buscan una plataforma para compartir contenidos y comunicarse no están atentos al número de participantes del otro lado de la red (los ofertantes de publicidad) pero sí del número de usuarios habitual (un amigo, un familiar, etc.). Esto explica que, si el efecto directo es muy intenso, el *tipping* puede suceder también por la fuerza del efecto directo. La victoria de Facebook sobre My Space parece ser un ejemplo claro de los efectos de red directos.

(24) MUELLER, M., “Universal Service: Competition, Interconnection and Monopoly in the Making of the American Telephone System. Surface”, 2013; KATZ, M. L. - SHAPIRO, C., “Antitrust in Software Markets”, en EISENACH, J. A. - LENARD, T. M. (eds.), *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*, Springer Netherlands, Dordrecht, 1999, ps. 29-81.

(25) SHAPIRO, C. - KATZ, M. L., “Network Externalities, Competition and Compatibility”, *The American Economic Review*, 75 (3), 1985, ps. 424-440.

(26) FARRELL, J. - KLEMPERER, P., “Chapter 31 Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects”, *Handbook of Industrial Organization*, 3, 1967-2072 (2007).

V.3. Las barreras de entrada en un entorno de MSP

Los efectos de red directos e indirectos que son inherentes a las plataformas pueden crear, también, importantes barreras de entrada para las plataformas rivales. La adquisición de una masa crítica de usuarios en plataformas es un desafío clave para plataformas emergentes como hemos manifestado anteriormente. Esto se debe a que las plataformas rivales emergentes tienen que escalar a ambos lados de manera rápida para tener éxito. Esto requeriría un importante capital desembolsado y bolsillos profundos, que las pequeñas empresas de nueva creación pueden no poseer.

David Evans resume los problemas típicos que enfrenta un nuevo entrante: “Las plataformas multilaterales enfrentan un problema de huevo y gallina cuando comienzan como resultado de lo que intentan lograr. Considere una plataforma que está en el negocio de obtener el lado A junto con el lado B. Puede que el lado A no quiera considerar la plataforma a menos que sepa que ha atraído el lado B, pero el lado B puede no querer considerar la plataforma a menos que sepa que ha atraído el lado A. La plataforma tiene que encontrar una manera de obtener ambos tipos de participantes a bordo, en números suficientes, para proporcionar valor a cualquiera de ellos” (27). La barrera de entrada aquí resulta en un esfuerzo mayormente significativo que tiene el entrante a mayor tamaño de la plataforma instalada. En efecto, puede haber una ventaja significativa para el primer jugador. Si el que primero mueve puede aprovechar los efectos indirectos de la red y tener un *lock-in* de clientes, entonces puede capturar todo el mercado y dificultar la entrada.

Como antes, para que nuevos participantes tengan éxito, deberán ofrecer innovaciones, mejoras de productos, mayor calidad y descuentos más altos compensando los *costos de cambio* (*switching costs*) que son barreras que los consumidores pueden enfrentar al intentar cam-

biar a otro proveedor de servicios. Los costos de cambiar, aunque no exclusivos de las plataformas, son significativamente altos en dichos mercados. De manera concurrente con efectos de red indirectos, la presencia de altos costos de cambiar puede ser perjudicial para la competencia al crear una limitación en las opciones del consumidor.

Para industrias tradicionales, la lealtad a la marca es una forma de costos de cambio. Sin embargo, la presencia de efectos de red, tanto directos como indirectos, puede generar costos de cambiar mucho mayores en las plataformas. Los costos de cambiar incluyen no solo los costos de conexión a una nueva red, sino también los “costos de oportunidad que pueden resultar de la pérdida de los efectos de red cuando los clientes cambian a otro proveedor” (28). Si la base de usuarios de la red actual es bastante grande, proporcionará más desincentivos para que los usuarios cambien a otra plataforma.

Los costos de cambiar en las redes sociales, por ejemplo, incluyen costos sociales severos, especialmente la pérdida de capital social. “Los proveedores de servicios a menudo invierten un esfuerzo considerable para recibir buenas calificaciones y construir reputación. Este es también el caso de los consumidores, que pueden invertir tiempo y energía para familiarizarse con la plataforma, sus mecanismos de confianza, escribir reseñas y participar de alguna otra manera con la comunidad” (29). La pérdida de capital social al cambiar a una nueva red social puede ser un importante desincentivo.

Lobel y Bamberger profundizan sobre el nexo entre el efecto de red y los costos de cambiar y su impacto en la competencia y el bienestar del consumidor. En combinación, estos dos factores “se refuerzan mutuamente para crear *lock-in* porque los consumidores deben coor-

(27) EVANS, David S., “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”, *SSRN Electronic Journal*, 2016, March.

(28) “Working Paper - The Market Power of Platforms and Networks”, Bundeskartellamt, 2016.

(29) OECD, “Protecting Consumers in Peer Platforms Markets: Exploring the Issues. Directorate for Science, Technology, and Innovation Committee on Consumer Policy”, OECD, 2016.

dinar colectivamente un cambio costoso para beneficiarse de la red de un competidor. Esto puede conducir a una considerable inercia colectiva que da a una empresa dominante la oportunidad de aumentar los precios, dando como resultado una pérdida del excedente del consumidor y potencialmente disminuye la innovación y la elección de este” (30).

Klemperer(31) construye un modelo de dos períodos en un mercado con costos de cambio. El autor encuentra que “las empresas aumentan sus precios en el segundo período para tomar ventaja del hecho de que sus clientes de primer período se han convertido parcialmente en proveedores de ellos”. En general, los precios son más altos en el segundo período que en el primer período y más que cualquier otro mercado sin costos significativos de cambio. Las ganancias de las empresas en el segundo período, en ese contexto, dependen de las ventas en el primer período y, por lo tanto, existe una competencia más feroz por la participación en el mercado en el primer período que si simplemente fueran empresas que maximizan los beneficios.

El Informe de la Comisión Europea también se refiere a los costos de cambio para las empresas cuestión que no ha recibido mucha atención en la literatura. En un mercado de dos lados, las empresas también enfrentan costos significativos de cambio en las plataformas, especialmente si los clientes prefieren una plataforma. Por ejemplo, muchas empresas dependen completamente de Google para dirigir a los clientes a su sitio o para enviarles publicidad. De esta manera, el modelo de negocio de las plataformas en línea los coloca en una posición de socio comercial indispensable, “instalación esencial” o “guardián” Esto tendrá especial interés cuando tratemos más adelante la cuestión del *parity pricing*.

La literatura empírica sobre costos de cambio es más reducida y más reciente que la literatura teórica. Hay solo unos pocos estudios que intentan medir directamente los costos

de cambio. Generalmente, hay una ausencia de micro datos del historial de compras de un cliente individual. Donde está disponible, pocos estudios han estado conduciendo usando un enfoque de elección discreta para explorar los costos de cambio. Por ejemplo, Shum(32) analiza los datos del panel sobre las compras de cereales para el desayuno y descubre que los hogares que cambian de marca incurren en costos de cambio implícitos promedio de US\$ 3.43, que es un precio más alto que cualquier marca disponible.

Sin embargo, dado que los costos de cambio son específicos del consumidor y no directamente observables, y el historial de compras del consumidor no está disponible con gran detalle, la literatura a menudo recurre a métodos menos directos para calcular los costos de cambio. Por ejemplo, Kim *et al.* (33) utilizan datos de panel altamente agregados de la industria bancaria noruega y calcula que los costos de cambio para los préstamos bancarios son del 4,12%, lo que es significativo en el sector. Hay varios otros documentos que discuten la importancia y la magnitud de la conmutación costos en una variedad de sectores, tales como cigarrillos, tarjetas de crédito, software de computadora, viajes aéreos, supermercados, proveedores de electricidad, etc.

Mikołaj Czajkowski y Maciej Sobolewski(34) de la Universidad de Varsovia realizaron un experimento de elección discreta en una muestra representativa de consumidores en Polonia para identificar y medir los costos de cambiar y los efectos de red en las telecomunicaciones móviles. El estudio encontró que había una gran cantidad de inercia en los clientes. Los problemas con la portabilidad numérica explicaban solo la mitad de los costos de cambio. El estu-

(30) *Ibidem*.

(31) KLEMPERER, P., “The Competitiveness of Markets with Switching Costs”, *The RAND Journal of Economics*, 18 (1), 1987, ps. 138-150.

(32) SHUM, M., “Does advertising overcome brand loyalty? Evidence from the breakfast-cereals market”, *Journal of Economics & Management Strategy*, 13, 2004, ps. 241-272.

(33) KIM, M. - KLIGER, D. V., “Estimating switching costs: The case of banking”, *The Journal of Financial Intermediation* (12), 2003, ps. 25-56.

(34) CZAJKOWSKI, M. - SOBOLEWSKI, M., “Switching Costs and Network Effects - How Much Do they Really Matter in Mobile Telecommunications?”, 2013.

dio encontró pruebas contundentes de que la participación del pequeño grupo de familiares y amigos del encuestado que utiliza el mismo operador, en lugar de la base total de clientes del operador, determina la fuerza del efecto de la red. Cullen y Shcherbakov(35) estiman que los costos de cambio para cambiar los proveedores de servicios móviles en los EE.UU. Fueron de aproximadamente \$ 230, debido a la agrupación del teléfono y las tarifas de cancelación anticipada. Park y Koo(36) analizan el costo de cambio en el mercado de teléfonos inteligentes para teléfonos inteligentes. La magnitud de los costos de cambiar de teléfonos y sistemas operativos (SO) depende de los niveles de costo de búsqueda, costo de aprendizaje e incertidumbre al comprar nuevos teléfonos inteligentes. Encuentran que el cambio de sistemas operativos disminuye la utilidad del consumidor. Según estos autores, los consumidores que tienen experiencia en el uso de un determinado sistema operativo móvil tienen una tendencia a preferir el mismo sistema operativo cuando cambian los teléfonos inteligentes. El costo de cambio de los cambios del sistema operativo aumenta a medida que aumenta el costo de compra de la aplicación, el costo de compra de accesorios y la incertidumbre de la posibilidad de un pago posterior a la transición. Además, a medida que los consumidores usan diversos dispositivos inteligentes, como tabletas, relojes inteligentes y televisores conectados, los costos de cambio del sistema operativo tendrán un efecto más significativo en la decisión de compra para varios dispositivos con sistema operativo móvil.

En síntesis, además de los efectos de red, hay otros factores que determinan que los consumidores se apeguen a sus elecciones iniciales: el tiempo requerido para aprender y desarrollar sistemas nuevos y la renuencia a abandonar una red confiable en presencia de aversión al riesgo (37).

(35) CULLEN, J. - SHCHERBAKOV, O., "Measuring consumer switching costs in the wireless industry", FCC, 26/4/2010.

(36) PARK, Y. - KOO, Y., "An empirical analysis of switching cost in the smartphone market in South Korea", *Telecommunications Policy*, 40 (4), 2016, ps. 307-318.

(37) LOBEL, O. - BAMBERGER, K. A., "Platform Market Power", *University of San Diego Legal Studies Research Paper Series* (17), 2017, ps. 17-311.

VI. Algunas experiencias recientes en materia de análisis antitrust en mercados multilaterales

En las secciones anteriores, hemos discutido las características económicas de las plataformas y hemos avanzado en algunas de las consecuencias que estas tienen en materia de estructura de mercado y de competencia. El propósito de esta sección es plantear algunos casos testigo donde se han discutido aspectos abordados en esas secciones anteriores. La lista de los tres casos que sigue responde a la búsqueda de resaltar aspectos frecuentes en las discusiones de política de competencia en estos entornos o modelos de negocios.

VI.1. En búsqueda de la definición de mercado. El caso "American Express" (2018)

Este caso se relaciona con los mercados de tarjetas de crédito, donde la admisión (demanda) en comercios de medios de pago electrónicos, como las tarjetas de crédito, depende en gran medida de la demanda del consumidor para el mismo servicio de transacciones, y viceversa. Los precios a un lado del mercado marcan la diferencia en la demanda del otro lado del mercado. Los aumentos de precios para los comerciantes, por ejemplo, pueden aumentar las ventas si es que se reducen los costos para el tarjeta habiente, algo que raramente ocurriría en mercados de un solo lado.

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. (38), tuvo en cuenta esta característica doble del mercado de tarjetas de crédito para evaluar la razonabilidad de la regla "anti-desvío" (39) de Amex, que impedía a los comerciantes a que estos alentarán a sus clientes a utilizar una forma de pago más económica para el comercio. El modelo de negocio de Amex es cobrar a los comerciantes una tarifa más alta y utilizar los ingresos adicionales para ofrecer generosos programas de recompensas para los titulares de tarjetas de alta gama. La regla respaldaba este modelo comercial, lo que evitaba que los comerciantes erosionaran la tarifa más alta del comerciante de Amex y pro-

(38) "Ohio *et al.* vs. American Express Co. *et al.*", https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

(39) Traducción de *anti-steering*.

mocionaba un mayor uso de la tarjeta Amex. Según el fallo, la regla anti-desvío aumentó el valor de las comisiones a los comerciantes, pero proporcionó beneficios compensatorios a los titulares de tarjetas en el otro lado de las mismas transacciones. Los beneficios sustanciales para los titulares de tarjetas eran lo suficientemente grandes como para superar las pérdidas comerciales. La Corte decidió que la norma anti-desvío tenía un efecto general positivo y, por lo tanto, no constituía una restricción irracional al comercio.

Comprender este caso es importante, ya que refleja, la importancia de considerar los efectos indirectos y, como consecuencia, la posibilidad de admitir la existencia de un solo mercado (la plataforma) y no dos o más mercados relevantes aislados. La reciente decisión de la Corte Suprema representa, por primera vez, una definición de mercado que integra a todos los lados de la plataforma en una sola unidad de análisis.

En 2010, el Departamento de Justicia (DoJ) y 17 fiscales estatales presentaron un caso contra American Express, MasterCard y Visa, alegando que cada uno de los demandados, por separado, empleaban “restricciones a comerciantes” que les impedían a estos, promover o fomentar el uso de las tarjetas de crédito o débito competitivas de Amex que implicaban comisiones más bajas a los comerciantes. Estas restricciones se mencionan en el caso como “disposiciones de no discriminación” (“NDP”). Los demandantes alegaron que 3 empresas, que representan alrededor del 95% del mercado de tarjetas de crédito, impusieron restricciones similares entre sí a los comerciantes, lo que debilitó la competencia horizontal entre las redes de tarjetas de crédito (40). Por ejemplo, un comerciante no podía publicar un letrero que diga “Utilice su tarjeta Discover, Visa es más cara de aceptar para nosotros”.

En una primera opinión que reflejaba las preocupaciones alegadas en la queja original, el Tribunal de Distrito encontró que las restricciones verticales de Amex eran una restricción

del comercio en violación de la Sección 1 de la Ley Sherman (41). El Tribunal también acordó con los demandantes que “a pesar de la naturaleza bilateral de la plataforma... el mercado relevante para el análisis antimonopolio... es el mercado para los servicios de red” (42).

Amex argumentó que el mercado debería ser un mercado único de “transacciones”, incluidos los titulares de tarjetas y los comerciantes. El Tribunal declinó el argumento confiando, en cambio, en el testimonio de un ejecutivo de Amex respecto de que la empresa competía en “tres negocios: somos un banco emisor, somos un comprador mercantil y somos una red”.

La apelación implicó la intervención la Corte del Segundo Circuito la cual eligió analizar el caso a través de una lente puramente vertical. La opinión de esta Corte de Segundo Distrito fue confirmada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. Ambas Cortes ignoraron la observación del Tribunal de Distrito que, “a diferencia de la mayoría de los acuerdos de distribución vertical... Sin lugar a dudas, las reglas de Amex tienen el efecto primario de restringir una forma de competencia intermarca entre las redes de tarjetas”. En el presente caso, según esta Corte, la relación entre los dos lados de una plataforma que proporciona servicios de red no es la misma que la relación entre las diversas plataformas que compiten entre sí dentro de la industria de servicios de red. Así, sostuvo entonces, que el Tribunal de Distrito había cometido un error al definir el mercado porque el precio aplicado a los comerciantes necesariamente afecta la demanda del titular, que a su vez tiene un efecto de retroalimentación sobre la demanda comercial (y, por lo tanto, influye en el precio cobrado a los comerciantes).

Es decir que en esta instancia se echa mano al enfoque de la teoría de los mercados de dos lados. En efecto, en este caso, el mercado de productos es una “plataforma bilateral” (una firma que atiende a dos grupos de clientes que consumen servicios diferentes, pero inter-relaciona-

(40) Antes de la prueba, Visa y MasterCard resolvieron rápidamente con los demandantes y acordaron abandonar las restricciones del comerciante. Esto tiene sentido por varias razones.

(41) <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-equitable-relief-violation-section-1-sherman-act-15-usc-1>.

(42) “US v. American Express, Inc. (‘Amex’), 88 F.Sups.3d. 143, en 151 (E.D.N.Y. 2015).

dos). Las tarjetas de crédito son un tipo especial de plataforma bilateral, que se caracteriza por un alto nivel de “efectos de red indirectos”.

Es interesante observar que la Corte está estableciendo un criterio por el cual un demandante que busca probar los efectos anticompetitivos de una práctica debe, como mínimo, mostrar que los precios de la plataforma en general aumentaron como resultado de las restricciones impuestas esto implica que los aumentos de precio en un lado deben compararse con los beneficios provistos al otro lado, para tener una idea cabal del efecto sobre el bienestar. Aunque los demandantes siempre han tenido que mostrar una lesión anticompetitiva, la Corte en “Ohio v. Amex” aumentó significativamente la carga del demandante en casos verticales, especialmente cuando el demandado es una plataforma de transacciones de dos lados (y, por lo tanto, su propio mercado de productos).

En suma, la opinión del Segundo Circuito que la Corte Suprema valida establece que, en los casos donde existe una plataforma de dos lados, hay efectos indirectos (los precios de un lado están relacionados con la demanda del otro lado) y la plataforma está proporcionando un servicio que ambos lados consumen al mismo tiempo. La consecuencia es que el mercado debería definirse como una sola plataforma de dos lados. Así, cuando una “plataforma de dos lados” es el mercado de productos, ambos grupos de consumidores servidos por la plataforma deben combinarse para fines de análisis, y el demandante debe mostrar un aumento neto “general” de precios como resultado de la restricción impugnada.

El 2º Circuito y el Corte Suprema sostuvieron que es incorrecto centrarse solo en la faceta de los NDP de Amex que le permitió aumentar los aranceles comerciales, porque esto solo considera un lado de la “plataforma” y no los beneficios que Amex le proporciona posteriormente a su tarjeta habientes. Es decir, ambas Cortes sostienen que la práctica es vertical y que debe evaluarse en el marco de un entorno de efectos indirectos. Obsérvese que existe un reconocimiento que la regla NDP aumentó los precios a los comerciantes (porque los usuarios usaban tarjetas con un costo mayor para ellos), pero proporcionó beneficios compensatorios a los titulares de tarjetas en el otro lado de las mismas

transacciones. El argumento de fondo es, pues, que los beneficios sustanciales para los titulares de tarjetas eran lo suficientemente grandes como para superar las pérdidas comerciales. El Tribunal decidió que la regla tenía un efecto general positivo y, por lo tanto, no constituía una restricción ilegal al comercio.

Lo importante para nosotros aquí es que cómo se interpreten las restricciones comerciales que Amex impuso a los comercios, depende críticamente de cómo se define el mercado y esto depende, fundamentalmente, de cómo se evalúen los efectos indirectos de red. Resta saber si esta jurisprudencia tendrá impacto en la consideración de otros casos que envuelven a empresas que prestan sus servicios a través de plataformas (43).

VI.2. Cláusulas comerciales bajo multi-homing: El caso de parity pricing

Cuando existen plataformas que funcionan como *market place*, muy populares, las empresas que deseen comercializar servicios o productos de manera *online* enfrentan la cuestión que resulta costoso no pertenecer a las primeras debido a la alta audiencia que estas últimas proveen. Así, en principio, *ceteris paribus*, podría existir un desbalance en la negociación entre la plataforma y las firmas sobre las condiciones comerciales que unen a ambas, habida cuenta que a estas últimas les resulta indispensable el pertenecer al sitio más popular.

Pero, por otro lado, debido a que las firmas comercializadoras suelen estar afiliadas a varias plataformas a la vez (*multi homing*), *a priori*, de exigírseles condiciones desventajosas en una plataforma, estas pueden ser compensadas en otras plataformas competitivas.

Un aspecto que ha sido debatido en materia de cláusulas comerciales, y que tiene relación con lo antes mencionado, es el de los precios que las plataformas permiten (o exigen) publicar a sus usuarios y qué relación tienen con los precios que se publican en sitios competitivos.

(43) Al respecto, pueden consultarse el siguiente artículo <https://www.cio.com/article/3295539/regulation/ohio-v-american-express-is-sensible-antitrust-policy.html>.

La experiencia indica que muchas plataformas ponen cláusulas de “paridad de precios” en sus contratos con empresas que venden en las plataformas. Las plataformas en línea más populares pueden emplear su poder de mercado para “prohibir a las empresas vender a menor precio en otros lugares” (incluido el sitio web del vendedor, otras plataformas y todos los canales de distribución fuera de línea) (44). Las plataformas generalmente justifican el uso de cláusulas de paridad de precios como medio para evitar el *showrooming*, una situación en la que un consumidor busca en la plataforma, pero luego compra directamente al vendedor a un precio más bajo que la plataforma.

Estas cláusulas de paridad de precios pueden ser de dos tipos: amplias y estrechas. La cláusula de paridad amplia es cuando el precio que una empresa establece en una plataforma no puede ser más alto que el precio que cobra en una plataforma rival o cuando vende directamente. Estas prácticas han sido recientemente objeto de muchas investigaciones antimonopolio en Europa y otros lugares. Hviid (45) tiene una revisión detallada de muchos de los casos recientes. Por ejemplo, en respuesta a las investigaciones, Amazon eliminó las cláusulas de paridad de precios en la UE en respuesta a las investigaciones en Europa; Booking.com y Expedia recientemente hicieron compromisos de 5 años para no imponer una paridad de precios amplia en Europa y las cláusulas de paridad de precios se convirtieron en ilegales en Austria, Francia, Alemania e Italia para Booking.com y Expedia.

Sin embargo, las conclusiones que aporta la literatura sobre los efectos competitivos de la cláusula de paridad de precios son limitadas y poco concluyentes. La opinión general es que las cláusulas de paridad de precios limitan la competencia entre las plataformas, lo que en última instancia conduce a precios más altos que se cobran a los consumidores, aunque puede haber circunstancias donde sea razonable su existencia. Virge sostiene que “Cuando

las plataformas utilizan cláusulas de paridad de precios, un proveedor debe establecer el mismo precio en todas ellas, así como en su canal de distribución directo. En este caso, cada plataforma tiene un incentivo para aumentar su comisión por encima del nivel “competitivo”, ya que no corre el riesgo de perder cuota de mercado frente a sus rivales. Esto finalmente lleva a que las plataformas cobren comisiones supra competitivas y, por lo tanto, a los precios más altos que cobran los proveedores a los consumidores finales” (46).

Un estudio realizado por Hunold *et al.* en el Centro de Investigación Económica Europea (47) analiza las mejores cláusulas de precios (BPC) o la cláusula de paridad de precios de las agencias de viajes en línea (OTA) utilizando datos de metabúsqueda de casi 30.000 hoteles en diferentes países. El estudio fue capaz de capturar los efectos de la supresión del BPC por parte de Booking.com, que les permitió aislar los efectos competitivos del BPC. Los resultados son muy interesantes: a) Más hoteles comenzaron a publicar sus precios en Booking.com después de la eliminación del BPC; b) Los hoteles comenzaron a cobrar un precio más bajo en su propio sitio web que en Booking.com.

En el Reino Unido, la Autoridad de Competencia y Mercado (CMA) llevó a cabo una investigación de dos años y en marzo de 2015 decidió evitar que los sitios web de comparación de precios utilizaran cláusulas de paridad amplia de precios en sus relaciones con proveedores privados de seguros de automóviles (48). “En este informe, la CMA concluye que la eliminación de las cláusulas de paridad de precio amplio por los principales sitios web de comparación de precios llevó a una disminución de alrededor del tres por ciento de las comisiones cobradas a los proveedores” (49).

(46) VIRGE, T., “Are price parity clauses necessarily anticompetitive?”, *The Antitrust Chronicle*, 2018, January.

(47) HUNOLD, M. - KESLER, R. - LAITENBERGER, U. - SCHLÜTTER, F., *Evaluation of Best Price Clauses in Hotel Booking*, Centre for European Economic Research, ZEW, 2017.

(48) Los detalles del caso pueden encontrarse aquí: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55098791e5274a140700002a/N_order_of_Order.pdf.

(49) VIRGE, “Are price parity...”, cit.

(44) Las exigencias podrían, incluso, llegar a la prohibición de comercializar en otras plataformas, imponiendo una cláusula de exclusividad.

(45) HVIID, M., “Hearing on across platform parity agreements”, OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2015.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, no todos los casos son tan claros como el caso CMA. Un estudio realizado por Johansen y Vergé(50) mostró que las cláusulas de paridad de precios no tienen por qué generar mayores comisiones y precios finales. En cambio, encuentran que “pueden beneficiar simultáneamente a todos los actores (plataformas, vendedores y consumidores), incluso en ausencia de argumentos de eficiencia tradicionales”.

VI.3. Integración vertical, neutralidad e incentivos a la expulsión del mercado

Un aspecto relacionado con las plataformas, pero que no es exclusivo de estas, es la presencia, bajo ciertas condiciones, de incentivos a excluir o debilitar a competidores cuando la plataforma cumple un doble rol: el de proveer el entorno (la plataforma tecnológica propiamente dicho) y el de comercializar servicios sobre la misma, servicios que tienen competencia de terceros que constituyen un lado de la misma. Esta discusión, tiene un paralelismo obvio con firmas tradicionales que están verticalmente integradas, por lo que el análisis que sigue tiene mucho en común con ello.

Muchas plataformas tecnológicas proveen servicios de manera competitiva con otros proveedores dentro de la propia plataforma. Es decir, actúan como *market place* y competidores en él (una firma integrada verticalmente en la provisión del soporte o red y del servicio). Por ejemplo, Amazon comercializa productos por sí misma y en su propia plataforma hospeda a competidores de los productos que ella comercializa.

Conceptual o teóricamente, este doble rol puede generar conflictos de intereses e incentivos para que la plataforma favorezca su propio negocio. Este enfoque sostiene que después de la integración vertical, la plataforma tiene un incentivo para excluir a otros competidores. Esta exclusión se puede llevar a cabo de manera explícita mediante la exclusión de ciertos proveedores de la plataforma o de forma más sutil en forma de mayores comisiones para el proveedor y manipulación de las clasificaciones por parte

del cliente. Julia Angwin y Surya Mattu de ProPublica analizaron 250 productos adquiridos con frecuencia durante varias semanas para ver cuáles fueron seleccionados para la ubicación más destacada en las estanterías virtuales de Amazon: la llamada “caja de compra” que aparece primero como una compra sugerida. Cerca de tres cuartas partes del tiempo, Amazon colocó sus propios productos y los de las compañías que pagan sus servicios en esa posición, incluso cuando había ofertas sustancialmente más baratas disponibles de otros(51). Adicionalmente, Amazon ha sido acusado de usar la plataforma como laboratorio para su brazo minorista. Permitiría a los minoristas innovar y competir entre sí, y luego elegir los mejores productos para sí mismos y capturar el valor. Un estudio de Feng Zhu y Qihong Liu(52) identificó 164,000 productos vendidos exclusivamente por minoristas de terceros y no por Amazon. Diez meses después, se descubrió que Amazon había comenzado a vender alrededor del 3% (unos 5.000) de estos artículos. Como era de esperar, los artículos vendidos por Amazon fueron el resultado predeterminado en la página de búsqueda.

Uno de los primeros ejemplos de este tipo de conductas en plataformas, fue el “caso Microsoft” (53), donde el Departamento de Justicia demandó a la empresa por frustrar ilegalmente la competencia con el fin de proteger y extender su negocio de software. Microsoft obligó a los fabricantes de computadoras a incluir Internet Explorer como el navegador web predeterminado en el sistema operativo host de Windows que le servía de soporte a otros programas de navegación como Netscape. El sistema operativo Windows era visto como una plataforma donde los desarrolladores de software de terceros podían competir, pero Internet Explorer era responsable

(51) ANGWIN, J. - MATTU, S., “Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn't” (20/9/2016), retrieved 12/6/2018, from ProPublica: <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>.

(52) ZHU, F. - LIU, Q., “Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com”, Harvard Business School Technology & Operations Mgt. Unit, Working Paper 15-044, 2016.

(53) “US v. Microsoft”, Civil Action No. 98-1232 (TPJ) (United States District Court for the District of Columbia July 28, 1999).

(50) JOHANSEN, B. O. - VERGÉ, T., “Platform price parity clauses with direct sales”, Working Paper, University of Bergen, Department of Economics, Bergen, 2017.

de las primeras victorias de Microsoft en las guerras de los navegadores ya que todos los usuarios de Windows lo tenían como el navegador web predeterminado desde su instalación. También se alegó que Microsoft manipuló o modificó sus interfaces de programación de aplicaciones (API) para favorecer Internet Explorer sobre navegadores web de terceros (54). Hay otros ejemplos con respecto al posible impacto de la integración vertical en los incentivos de las plataformas y en las reglas comerciales que se observan en algunas de ellas. Cuando Apple comenzó a ofrecer Apple Music, impuso mayores tasas de comisión y condiciones restrictivas a su rival Spotify (55). Google ha sido acusado de violar el principio de neutralidad de la plataforma en más de una ocasión. Google se integró verticalmente y comenzó su propio sitio de comparación de compras a lo que luego le siguió una baja en la clasificación de los resultados de los sitios de comparación de compras rivales significando una disminución del tráfico del 20% a estos sitios. Simultáneamente, Google mostró los resultados de su sitio Google Shopping en la parte superior de la página (56). Como consecuencia de estos indicios y luego de una larga investigación, la Comisión Europea de Competencia encontró culpable a Google y le impuso una multa muy significativa.

Lo interesante de este caso para nuestro análisis es que la conducta no neutral que la Comisión Europea le asigna a Google no parece tener un impacto significativo en la elección de los usuarios de la plataforma. Es decir, si existiera tal conducta, estaría impactando en un lado de la plataforma (los proveedores de servicios competidores de Google Shopping) pero no necesariamente en el otro lado de la misma. Porque podría pensarse, en el plano teórico, que la degradación de la calidad de los resultados podría

(54) MANUR, A., "How to fix competition in a market owned by Google, Facebook, Amazon and other digital platforms" (22/3/2018), retrieved 12/6/2018, from Factordaily: <https://factordaily.com/fix-digital-platforms-googlefacebook-amazon-uber-ola-for-competition/>.

(55) CROOK, J., "Spotify and Apple are staring each other down while flipping the bird" (1/7/2016), retrieved 12/6/2018, from TechCrunch: <https://techcrunch.com/2016/06/30/spotify-and-apple-are-staring-each-other-down-while-flipping-the-bird/>.

(56) FEDERAL TRADE COMMISSION, "FTC Report on Google's Business Practices", WSJ, 2015.

desalentar a los usuarios a buscar allí la información que desean. Sin embargo, no existe evidencia que esto sea así, es decir que haya una cierta sensibilidad a estos fenómenos, sobre todo porque la participación de Google en las búsquedas en los principales países de Occidente sigue siendo muy alta y no se aprecia un cambio significativo en la misma. Resulta notable, para terminar, que esta baja sensibilidad a la calidad de los resultados se verifique en un entorno de muy bajos costos por cambiar de proveedor de servicios de búsqueda. Desde el punto de vista de la literatura especializada, se menciona que una posible explicación a esta situación de estabilidad en las participaciones de mercado es que existe un marcado fenómeno de asimetría informacional entre el usuario buscador de información que, debido a dicha asimetría, no puede evaluar la calidad de los resultados.

VII. Comentarios finales

Este trabajo tiene varios propósitos.

Intentó sintetizar las principales características de industrias que prestan servicios a través de plataformas multilaterales, resaltando las diferencias que existen frente a empresas tradicionales y detallando sus características microeconómicas constitutivas y de funcionamiento.

Ha intentado también repasar algunos de los temas que suelen surgir en el debate regulatorio alrededor de ellas denotando que es un debate en ciernes y que replica en gran medida temáticas vigentes en empresas tradicionales, pero alertando que las diferencias del entorno donde se desarrollan reclaman una visión nueva.

Por último, el mensaje principal quizás sea que esa visión nueva deba construirse a partir de un entendimiento de cómo funcionan estas industrias, donde se destacan las economías de escala del lado de la demanda, pero con conceptos del antitrust tradicional, perfectamente utilizables en estos nuevos entornos, aun con las salvedades de las diferencias que existen.

En suma, creemos que el contexto es distinto, pero las figuras clásicas del antitrust perduran por lo que el cabal entendimiento y ejercicio de la función regulatoria requiere, más que nada, la comprensión de la microeconomía de las plataformas antes que nuevas teorías de daño.

La defensa de la competencia y la política antiinflacionaria

WALTER CONT (*) Y SANTIAGO URBIZTONDO (**)

I. Introducción

En países de Latinoamérica, la política de defensa de la competencia ha sido frecuentemente esgrimida como una herramienta para combatir la inflación. Por ejemplo, el expresidente de Ecuador R. Correa había afirmado en el año 2008 que una ley de defensa de la competencia reduciría la inflación en su país. En la Argentina, el exministro de economía A. Kicillof decía, entre 2014 y 2015, que la concentración en los mercados suele ser la causa de la inflación que sufre el país. En sus palabras:

“Vos me preguntás qué es la inflación y yo digo que muchas veces nos han hecho creer que la inflación no tiene nada que ver con la concentración económica, cuando es al revés. En países como el nuestro, muchas veces los precios crecen porque en determinados rubros hay muy pocas empresas que los manejan, porque no hay competencia.

Entonces, el único que vende acero —y además consigue que el Estado no deje entrar acero del exterior— va a venderlo al doble del precio. Y eso nos pega a todos en el bolsillo. (...) No quiero decir que todo depende de las cinco empresas que manejan los insumos básicos, pero es un 70 a 30 por ciento de responsabilidad. Me tocó a mí encabezar una discusión de este tipo porque hubo un corrimiento cambiario. Ahora Brasil devaluó más de un 30 por ciento. ¿Se fue o no se fue a los precios? No. En la Argentina se mueve el tipo de cambio un 20 por ciento y hay una inflación del 20 por ciento en un día. ¿Por qué? Es un fenómeno económico por la concentración que tenemos. Esto se cura con más defensa de la competencia, con una democratización de la economía argentina” (1).

Esta perspectiva es relativamente frecuente en notas periodísticas (2), artículos de opinión de ciertos economistas (3), e incluso —según caracterizaciones periodísticas de la visión de

(*) Licenciado en Economía, UNLP, 1995. Ph.D. en Economía, Universidad de California, Los Ángeles, 2001. Economista Asociado de FIEL. Profesor Adjunto de Economía y Regulación de los Servicios Públicos y de Economía de la Empresa y de la Organización Industrial, FCE-UNLP. Profesor Adjunto de Organización Industrial, FCE-UBA. Profesor Invitado, Organización Industrial, UdeSA.

(**) Licenciado en Economía, UNLP, 1987. Ph.D. en Economía, Universidad de Illinois, Champaign-Urbana, 1991. Economista Jefe de FIEL y Profesor Titular de Economía y Regulación de los Servicios Públicos, FCE-UNLP.

(1) Ver cita en <https://www.elintransigente.com/argentina/2015/8/3/kicillof-tenemos-dejar-dividir-pais-entre-ricos-pobres-333846.html>.

(2) Ver, p. ej., <http://www.iprofesional.com/notas/181734-Reactivarn-el-Tribunal-de-Defensa-de-la-Competencia-para-controlar-la-inflacin>.

(3) Ver, p. ej., <https://losandes.com.ar/article/precios-inflacion-y-defensa-de-la-competencia-976215>.

importantes miembros del gobierno— en el actual gobierno en la Argentina (4).

Sin embargo, esta “teoría” no ha sido suficientemente desarrollada, más allá de identificar que las prácticas anticompetitivas, en particular los abusos de posiciones dominantes de empresas con sustancial poder de mercado a través de la aplicación de precios excesivos (abuso explotativo, mediando o no un abuso exclusorio previo), dan lugar a mayores precios que los que resultarían en un proceso competitivo dinámico donde las empresas participantes pudieran obtener, en el mediano y largo plazo, sólo beneficios normales (nulos o no extraordinarios).

En consecuencia, tomando en cuenta que la inflación se define como un aumento generalizado y sostenido del nivel de precios durante cierto período, resulta difícil comprender si la relación de causalidad entre una (elevada) concentración en los mercados y la inflación se desprende de una teoría elaborada y compleja entre la fortaleza del comportamiento competitivo y la velocidad con la cual los precios varían (suben) a lo largo del tiempo. Tal teoría debería por ejemplo plantear que una empresa que enfrenta una demanda sensible a cambios en los precios (esto es, con elasticidad-precio finita), no expuesta al riesgo de perder la condición de monopolista según sea su conducta, además de fijar el precio en un nivel mayor al que fijaría una empresa sin tal poder de mercado también elegiría incrementar ese precio a lo largo del tiempo, pese a que otras condiciones se mantuvieran inalteradas, o bien que elegiría aumentar dicho precio en una proporción mayor frente al cambio de ciertos parámetros (por ejemplo, ante el crecimiento de la demanda o cambios en los costos).

Pero ¿por qué un monopolista, además de fijar precios más altos que una empresa que enfrenta competidores efectivos o potenciales (explotando de tal forma su poder de mercado), elegiría también aumentar porcentualmente más dicho precio en respuesta a aumentos en

la demanda o en los costos del producto? Y si así fuera, frente a una continua contracción en la demanda del bien a lo largo del tiempo, ¿también cabría esperar —bajo tal teoría— que la reducción del precio sería porcentualmente mayor por parte del monopolista que por parte de empresas competidoras?

Para otorgarle cierta seriedad a la asociación entre la fortaleza de la competencia y la inflación (o, más generalmente, a los *cambios* en precios), primero se debería construir la teoría que explica las relaciones entre distintos factores de mercado y el cambio en precios, y recién entonces explorar cuáles intervenciones regulatorias (sobre las estructuras de mercado, conductas, etc.) podrían subsanar o aliviar diversas distorsiones.

A continuación, se define un modelo muy simple, con factores de demanda y de costos, que permite realizar ejercicios de estática comparada en línea con el objeto de análisis (esto es, el examen del cambio en los precios ante cambios en distintos parámetros del mercado). Posteriormente, se discuten extensiones de la literatura que han analizado estas relaciones en contextos más complejos.

El resultado de este capítulo es que la asociación entre (la ausencia de) competencia e inflación no tiene un sustento teórico y/o conceptual razonable. Una interpretación posible del uso de estos conceptos puede ser su conveniencia para desviar la atención de la opinión pública respecto del causante final y definitivo de la inflación —el exceso de gasto público financiado con la emisión monetaria más allá del crecimiento de la demanda de dinero—, ubicando dentro del sector privado un problema originado claramente en un desbalance del sector público (5).

II. Un modelo simple

Supóngase una demanda (inversa) de un determinado bien o servicio, definida como

(4) Ver, p. ej., <https://www.lanacion.com.ar/2137023-investigacion-a-las-cementeras-por-un-alza-de-precios-que-llegaria-al-13>.

(5) Un análisis sobre la (macro) economía de la inflación está fuera del alcance de este capítulo. El lector interesado puede estudiar este tema en libros de macroeconomía.

$p=A-B.Q$, donde Q es cantidad demandada (y eventualmente consumida) del bien o servicio, p es el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por dicha cantidad, A es un parámetro de preferencias que se vincula con la máxima disposición a pagar (cuando el consumo es nulo y su valoración marginal es más alta) y B es un parámetro que define la tasa a la que dicha disposición a pagar cae con el consumo (6). Si esta demanda está atendida por varias empresas, se supone además que la estructura de costos (simétrica) es $CT_i = c.q_i + K$, donde el parámetro c es el costo marginal de aumentar la producción individual q_i , y K representa el costo fijo. Por construcción, $Q = \sum_i^n q_i$, y

$$p^c = c + \sqrt{B.F}, Q^c = \frac{A-c-\sqrt{B.F}}{B}, \pi^c = 0, n^c = \frac{A-c}{\sqrt{B.F}} - 1 \quad (II)$$

De comparar las soluciones de monopolio (I) y competencia (II) se obtienen varios resultados. En primer lugar, obviamente $p^M > p^c$: el monopolista fija mayores precios que en un mercado en competencia. Segundo, dado un "tamaño del mercado" definido por $A-c$ (8), los costos fijos determinan el número de empresas en competencia, mientras que estos costos no alteran la solución

$$p_{CP}^c = \frac{A+n.c}{n+1}, Q_{CP}^c = \frac{n.(A-c)}{B.(n+1)}, \pi_i^c = \frac{(A-c)^2}{B.(n+1)^2} - F \quad (III)$$

Ahora bien, dados estos equilibrios en las distintas estructuras de mercado, consideremos cambios en distintos parámetros que determinan las conductas de las empresas.

(6) El hecho de que los productos se consideren homogéneos es un supuesto para facilitar el análisis. Se pueden lograr los mismos resultados considerando, p. ej., diferenciación horizontal de productos con entrada. El modelo desarrollado en esta nota y otros alternativos son habitualmente utilizados en libros tradicionales de Organización Industrial. Ver, p. ej., TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988, cap. 5 y CARLTON, D. - PERLOFF, J., *Modern Industrial Organization*, 2º ed., Harper Collins, 1994, caps. 7 y 8.

(7) El caso corresponde a competencia por cantidades entre n oferentes, quienes proveen un producto homogéneo (Cournot), en el largo plazo, esto es, permitiendo

si hay un solo oferente este produce cantidades Q . Se utiliza el término π para definir beneficios.

Si el mercado es atendido por un monopolista que maximiza su beneficio privado, puede probarse rápidamente que:

$$p^M = \frac{A+c}{2}, Q^M = \frac{A-c}{2.B}, \pi^M = \frac{(A-c)^2}{2.B} - F \quad (I)$$

En cambio, si el mercado es atendido por n oferentes sin restricciones al ingreso de otros competidores, el equilibrio se caracteriza por la obtención de beneficios normales, con las siguientes propiedades adicionales (7):

de monopolio. Cuanto mayores son los costos fijos (F), menor es el número de empresas (n^c) en el equilibrio competitivo, quienes deben obtener un mayor margen precio-costo (p^c-c) para lograr beneficios normales. Pero en una solución de corto plazo, los costos fijos tampoco alteran el equilibrio (excepto los beneficios individuales π_i^c). En efecto, en el corto plazo, dado el número de empresas n ,

En primer lugar, un incremento nominal generalizado e idéntico en los parámetros nominales (A, B, c y K). En tal caso las dimensiones nominales del mercado —que son los precios p^M y p^c , y los beneficios de monopolio π^M — varían en esa misma proporción, mientras que las cantidades Q^M y Q^c no se modifican (9).

la entrada y salida de oferentes hasta que no tengan beneficios extraordinarios. Para que el caso sea interesante, se supone que $A-c \geq 2. \sqrt{B.F}$.

(8) Naturalmente, el tamaño del mercado también puede definirse según cantidades demandadas y no voluntad máxima de pago excedente como aquí, siendo el vínculo entre ambos el parámetro B .

(9) En la solución de competencia en el corto plazo, si el número de empresas es inferior al que genera beneficios nulos los resultados son similares, es decir, las

En segundo lugar, consideremos un incremento nominal en los factores de demanda (por ejemplo, un incremento en A , manteniendo el resto de los parámetros constantes). En este caso, correspondiente a una situación donde una empresa enfrenta un aumento repentino de la voluntad de pago de sus consumidores (que podría denominarse, informalmente, “inflación de demanda”), un monopolista traslada parcialmente dicho aumento de la voluntad de pago al precio p^M , mientras que en situaciones de competencia de corto plazo las empresas competidoras también trasladan la “inflación de demanda” al precio, pero en menor proporción que un monopolista (10). El precio de competencia de largo plazo no varía, dado que el incremento transitorio (dado un número de empresas) es luego revertido por el ingreso de nuevas empresas (n^c aumenta con A), por lo cual puede concluirse que, si hubiera un aumento particularmente relevante en la demanda por un producto o servicio, entonces el precio del mismo aumentaría más al disminuir el grado de competencia (esto es, al caer el número de oferentes, o limitarse la posibilidad de entrada de competidores adicionales).

En tercer lugar, supongamos un incremento en los costos operativos (c), manteniendo el resto de los parámetros constantes. Ante una “inflación de costos”, el monopolista realiza un traslado a precios, pero en menor proporción que el traslado observado en contextos competitivos, que a su vez son menores en el corto

plazo que en el largo plazo (11). Los resultados son similares si se encarece toda la estructura de costos (c, F), modificando solamente el resultado de que el precio en competencia se ajusta de modo de trasladar también el incremento del costo fijo.

Este último resultado es el más importante en microeconomía, y el más obviado por los políticos, *policymakers* y los medios. En un contexto competitivo, las empresas no tienen margen para absorber mayores costos (sus beneficios son nulos) y deben trasladarlos (plenamente) a precios. Más aún, dado el resto de las condiciones de mercado (una demanda máxima definida por un valor A y los costos fijos F dados), el número de empresas debe disminuir para lograr beneficios normales. Dentro de este marco de competencia, si las empresas están obteniendo beneficios extraordinarios (por ejemplo, una situación temporaria en la que compiten empresas con beneficios positivos), entonces el traslado a precios es sólo parcial dado que parte del incremento de costos es absorbido por éstas vía menores beneficios. Por último, el traslado a precios por parte de un monopolista es aún menor dado que este tiene un mayor espacio de absorción de incrementos de costos. Vale decir, frente a aumentos de costos, los aumentos de precios son *menores* cuanto más débil sea la competencia (12).

¿Se deduce de lo analizado hasta ahora que los mercados más concentrados producirán mayores incrementos en precios? La respuesta es claramente NO: ello cuanto mucho dependerá de qué componentes de la demanda y

cantidades no se modifican, mientras que el precio y los beneficios de las empresas aumentan en la misma proporción. Esto podría significar que hay incentivos a mayor entrada, pero solamente se debe a una mala interpretación de los resultados: los beneficios se duplican al igual que los factores nominales de mercado (los beneficios “reales” no se alteran), y el número de empresas de largo plazo no se modifica.

(10) El cambio proporcional en el precio de monopolio ante un cambio proporcional en A es $(\Delta p^M/p^M)/(\Delta A/A) = A/(2 \cdot p^M) = A/(A+c) < 1$. El precio p^c no depende de A . En la solución de competencia en el corto plazo, el cambio proporcional en el precio ante un cambio proporcional en A es $(\Delta p_{CP}^c/p_{CP}^c)/(\Delta A/A) = A/((n+1) \cdot p_{CP}^c) = A/(A+n \cdot c) < A/(A+c)$, y por ende menor que 1. Además, la diferencia entre el cambio de precio de monopolio y de competencia de corto plazo es mayor cuanto mayor es el número de empresas (en la competencia de corto plazo).

(11) El cambio proporcional en el precio de monopolio ante un cambio proporcional en c es $(\Delta p^M/p^M)/(\Delta c/c) = c/(2 \cdot p^M) = c/(A+c)$. El cambio proporcional en el precio de competencia (largo plazo) ante un cambio proporcional en c es . El cambio proporcional en el precio de competencia (corto plazo) ante un cambio proporcional en c es $(\Delta p_{CP}^c/p_{CP}^c)/(\Delta c/c) = (n \cdot c)/((n+1) \cdot p_{CP}^c) = (n \cdot c)/(A+n \cdot c)$. Puede verse que $c/(A+c) < (n \cdot c)/(A+n \cdot c) < c/(c+\sqrt{B \cdot F}) < 1$.

(12) Otras referencias académicas, en contextos dinámicos, van en la misma dirección: empresas con poder de mercado evitan transferir plenamente a precio los mayores costos que enfrentan. Ver, p. ej., GUILLOUX-NEFUSSI, S., “Globalization, Market Structure and Inflation Dynamics”, Banque de France, 2016, disponible en <https://www.dallasfed.org/-/media/documents/institute/wpapers/2016/0289.pdf>.

costos están variando como consecuencia de la inflación, pero si todos lo hacen en igual proporción entonces tanto un monopolista como las empresas competidoras varían sus precios en igual proporción, sin efectos reales (esto es, sin cambios las cantidades) en el mercado. Así, la relación entre los contextos competitivo e inflacionario, cuando la inflación afecta todos los factores del mercado por igual, es nula. Cuando la inflación se manifiesta más por el lado de la demanda que de costos es esperable un mayor traslado de costos a precios en mercados más concentrados, pero cuando la inflación se manifiesta más por el lado de los costos que de la demanda, el traslado de costos es mayor en mercados menos concentrados.

En todo caso, debe notarse que aun cuando bajo determinados supuestos de shocks de demanda o de oferta es posible obtener cambios de precios distintos dependiendo de la estructura de competencia, dichos cambios paramétricos no pueden ocurrir de forma permanente (un crecimiento sólo en la voluntad de pago máxima de un determinado bien o servicio, o un crecimiento únicamente de los costos variables de producción del mismo, *vis-à-vis* el resto de las variables de oferta y de demanda que hacen al equilibrio), por lo cual asociar los distintos cambios de precios con diferencias en los niveles inflacionarios (que deben ocurrir de forma generalizada para el conjunto de bienes y servicios) es un grave error. Por ejemplo, el aumento de la demanda máxima de un bien, manteniendo el resto de las demandas máximas de otros bienes y servicios constantes, equivale a suponer una caída (relativa) de la demanda máxima de estos: dada una restricción presupuestaria fija para el conjunto de los consumidores, el aumento de precios por la creciente monopolización de algunos productos debe provocar la reducción de precios de los productos que son menos demandados al caer la capacidad de pago neta dado el aumento en el gasto en los productos monopolizados, por lo cual tal monopolización creciente tampoco podría conducir a un crecimiento generalizado de los precios por sí misma (salvo que se convaliden mayores precios con mayor emisión monetaria para evitar la contracción de la restricción presupuestaria en términos reales que resultaría de dicha mayor monopolización, en cuyo caso tal emisión —y no el cambio en los precios relativos— sería la responsable de la inflación). Y

lo mismo respecto de los cambios en los costos, eliminando todo vínculo entre estructura de mercado y variación general de precios en la economía.

Así, el vínculo causal entre una menor competencia y una mayor inflación debe basarse en una continua y generalizada reducción del grado de competencia, no en un grado de competencia bajo que ocurra de forma aislada y estable.

Finalmente, en términos menos teóricos, cabe reparar en la total ausencia de razonabilidad empírica respecto del efecto inflacionario derivado de un menor grado de competencia: aun cuando pudiera haber diferencias de precios de hasta el 100% entre un equilibrio monopolístico y otro plenamente competitivo, dicho 100% de diferencia debió existir alternativamente desde la propia conformación de cada estructura o en el período transcurrido desde entonces, por lo cual o bien la “inflación” del 100% se registró una única vez o se acumuló típicamente al cabo de varias décadas (o combinaciones intermedias), por lo cual la misma, medida anualmente, debería estar en promedio significativamente por debajo del 10% anual, y si “sólo” la tercera parte de la economía estuviera expuesta a tal falta de competencia, ello implicaría que la inflación asociada a la insuficiencia de competencia no podría jamás acercarse siquiera al 5% anual, lo cual dista de un incremento generalizado y sostenido de precios.

III. Extensiones analizadas en la literatura

La sección anterior mostró que, utilizando un modelo tradicional de Organización Industrial, puede haber cierto vínculo directo entre concentración de mercado e inflación sólo con base en interpretaciones bastante parciales del proceso inflacionario, sin considerar su generalización ni su magnitud a lo largo del tiempo. Más aún, frente a aumentos de costos *vis-à-vis* la voluntad o capacidad de gasto de la demanda (que podría asemejarse a lo que se entiende como “inflación de costos”), el vínculo podría incluso ser el inverso al expuesto por quienes responsabilizan de la inflación a la insuficiente competencia en la economía.

Existe literatura económica que estudia la causalidad opuesta, en particular, episodios de

inflación que generan aumentos en el poder de mercado. La literatura ha mostrado este resultado en mercados de búsqueda (es decir, el consumidor enfrenta restricciones informativas sobre las características de los productos y dedica tiempo a buscar y comparar precios entre distintos oferentes) imperfectamente competitivos, explicando que la inflación de costos, anticipada o no anticipada, aumenta la dispersión de precios pero intensifica o suaviza la competencia dependiendo de los costos estructurales de búsqueda (13), o bien exacerba los problemas informativos del consumidor (es decir, los precios relativos presentes dejan de ser informativos de los precios relativos futuros), quien puede sacrificar recursos en búsqueda y aceptar precios más elevados y convalidar así una mayor inflación (14). De esta literatura se puede inferir que los procesos inflacionarios, y por ende sus reversiones, no tienen efectos claros sobre la competencia en el mercado.

Otra referencia aporta alguna evidencia en cuanto a que un mayor grado de competencia, además de producir una reducción en los niveles de precios, sí puede tener efectos permanentes sobre (la reducción de) la inflación (15). El canal de comunicación, en este caso, es que en mercados con competencia imperfecta el *output* es inferior al socialmente eficiente, lo que aumenta los incentivos de la autoridad monetaria a generar inflación (utilizando este instrumento para estimular la producción al enfrentar una curva de Phillips con pendiente negativa en el corto y mediano plazos). Sin embargo, el estudio se basa en países de la OCDE (con un promedio de inflación de 3,6 puntos anuales y desvío estándar de 2,3%, muy lejos de los niveles que despiertan las preocupaciones

con repercusión mediática en la Argentina, en los cuales la curva de Phillips es prácticamente vertical incluso en el corto plazo) (16).

Una muestra clara de los límites de la visión que pretende explicar (buena parte de la) inflación a partir del nivel de competencia en el mercado resulta de observar detenidamente el contenido de aquellos estudios que sí encuentran tal relación. En efecto, existe literatura vinculada con el comercio internacional, específicamente Guerrieri y López-Salido (17), que explica que la apertura comercial —y la mayor competencia que ella genera en el sector transable— contiene una “presión competitiva” que, al reducir los *markups* de las empresas domésticas, impacta negativamente sobre la inflación. Este trabajo obtiene sin embargo un resultado econométrico respecto de dicho efecto durante un período de 7 años (2000-2006), en el cual el cambio en la apertura comercial provoca cambios en los precios de los bienes transables (un resultado lógico dentro de la teoría económica convencional), los cuales a lo largo del breve período estudiado se interpretan como inflación (sin notar que para que tal efecto fuera permanente sería necesario un aumento continuo y sin fin de la presión competitiva emergente de una apertura comercial). Por otra parte, el efecto estimado en este trabajo

(13) BENABOU, R., “Search, Price Setting and Inflation”, *Review of Economic Studies*, 55(3), 1988, ps. 353-76; BENABOU, R., “Inflation and Efficiency in Search Markets”, *Review of Economic Studies*, 59(2), 1988, ps. 299-329; BENABOU, R. - GERTNER, R., “Search with Learning from Prices: Does Increased Inflationary Uncertainty Lead to Higher Markups?”, *Review of Economic Studies*, 60(1), 1993, ps. 69-93.

(14) TOMMASI, M., “The Consequences of Price Instability on Search Markets: Toward Understanding the Effects of Inflation”, *American Economic Review*, 84(5), 1994, ps. 1385-1396.

(15) CAVELAARS, P., “Does Competition Enhancement Have Permanent Inflation Effects?”, *Kyklos*, 56(1), 2003, ps. 69-94.

(16) La curva de Phillips denota una relación negativa entre desempleo e inflación, verificada empíricamente a fines de los '50 en Estados Unidos. A partir de dicha regularidad estadística, los economistas neo-keynesianos encontraban espacio para reducir el desempleo por medio de aumentos en los salarios y la tasa de inflación. Sin embargo, investigaciones posteriores demostraron que la relación negativa hallada corresponde a una determinada expectativa inflacionaria, por lo cual mayores niveles de inflación dan lugar a expectativas inflacionarias mayores, moviendo la curva de Phillips verticalmente, por lo cual se comprendió que es la sorpresa inflacionaria, y no la inflación, la que guarda una relación negativa con la tasa de desempleo. En el extremo, con expectativas racionales e información completa, no hay sorpresa inflacionaria y, por lo tanto, la curva de Phillips, incluso en el corto plazo, se vuelve vertical, desapareciendo la posibilidad de reducir el desempleo con mayor inflación. Ver p. ej. BRANSON, W. H., *Macroeconomic Theory and Policy*, Harper & Row Publishers, 3ª ed., 1989.

(17) GUERRIERI, L. - GUST, C. - LÓPEZ-SALIDO, J., “International Competition and Inflation: A New Keynesian Perspective”, *American Economic Journal: Macroeconomics*, 2(4), 2010, ps. 247-280.

es que la mayor apertura comercial redujo 1% anual los precios transables (en un período de 7 años), y son los propios autores quienes estiman preliminarmente a partir de allí que el impacto aproximado sobre todos los precios de la economía, incluyendo los bienes no-transables, rondaría la tercera parte de dicho valor (0,33%), obviamente un impacto mínimo respecto de niveles inflacionarios 10 veces superiores según sea el país considerado, y prácticamente nulo respecto de niveles de inflación media o alta (que son los que típicamente motivan la argumentación de la concentración de mercados como factor explicativo de la inflación).

Por último, existe una literatura que vincula el grado de competencia en los mercados con actividades de innovación, que reducen costos de forma permanente y por ende tienen cierto efecto sobre la evolución en el nivel de precios. Pero en tal caso, más allá de las particularidades del modelo donde ello pueda ocurrir (según la apropiabilidad y magnitud de la innovación y los ahorros de costos), las diferencias de innovación y por lo tanto eventualmente de reducción de costos asociados a las distintas formas o grados de competencia jamás podrían representar porcentajes significativos, por lo cual nuevamente no hay una causalidad relevante entre el grado de competencia y el nivel de inflación (18).

En síntesis, todos los trabajos distan de explicar el efecto de la concentración o insuficiente competencia sobre la inflación. Los resultados son que en mercados concentrados y poco dinámicos las empresas trasladan en menor medida los incrementos de costos a precios, que la inflación tiene efectos ambiguos sobre la posibilidad de aumentar *markups*, que la apertura comercial puede tener un efecto disciplinador sobre los precios que en el mediano plazo reduzca levemente los aumentos de precios verificados, o que el nivel de competencia (sea doméstica o internacional) puede tener efectos también menores sobre la reducción permanente de precios por la vía de la innovación. Pero en ninguno de estos casos existe un vínculo causal relevante tendiente a explicar la inflación con base en el grado de competencia existente en los distintos mercados de un determinado país, por lo cual las cuestiones inflacio-

narias están claramente fuera del ámbito de la política de defensa de la competencia.

IV. Reflexiones finales

Esta nota revela que no existe una teoría clara respecto del vínculo entre el grado de competencia (o de concentración de mercado) e inflación, más allá del juicio de valor que tal teoría pudiera merecer. Las observaciones realizadas por *policy-makers* y medios periodísticos confunden (inocentemente o a propósito) el *nivel* de precios con la *variación* (permanente y generalizada) de los precios en el tiempo: los mercados donde la competencia es más débil (estén o no más concentrados que el resto) están caracterizados por *niveles* de precios mayores a los que —*ceteris paribus*— se observarían en contextos con mayor disciplina y competencia. Esto seguramente pueda incidir sobre el nivel general de precios, si el problema de competencia fuera suficientemente significativo y generalizado. Pero la variación en el tiempo de tales precios (de la cual resulta la medición de inflación al promediar los cambios de todos los bienes y servicios de la economía) no tiene porqué diferir de forma relevante ni uniforme cuando cambian parámetros fundamentales de costos o de demanda de algunos bienes y servicios, en particular si tanto los costos como la demanda que enfrentan varían uniformemente, y de hecho los precios de equilibrio en contextos poco competitivos varían menos que proporcionalmente cuando los componentes de costos cambian en mayor proporción que los factores de demanda.

Si bien no es el objeto principal de esta nota, la inflación es, al final del camino, un proceso eminentemente macroeconómico-monetario (sin moneda no puede haber inflación sino sólo cambios de precios relativos), donde las rigideces contractuales o la convalidación de demandas inconsistentes pueden ser parte de la explicación respecto de la génesis o persistencia de la inflación, pero donde no hay lugar para atribuir a la falta de competencia un rol en la variación sostenida y generalizada de los precios a lo largo del tiempo. El vínculo entre concentración económica e inflación mencionado en la introducción no es otra cosa que la aplicación errónea, y con desconocimiento del tema, que pueden llevar a cabo no sólo *policy-makers* y periodistas sino también economistas con poca formación o fuertes sesgos cognitivos.

(18) MOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, cap. 2.

**PROMOCIÓN Y FOMENTO
DE LA COMPETENCIA**
.....

La defensa de la competencia y la actividad de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales

MARTINA BARRAGÁN (*) Y LUCÍA QUESADA (**)

I. Introducción

Las cámaras y asociaciones empresariales y los colegios y asociaciones profesionales desempeñan papeles valiosos y fundamentales en la economía moderna. En la mayoría de los casos, actúan como vehículos eficientes para alcanzar fines legítimos, tales como desarrollar labores de capacitación y promoción de las actividades de sus miembros, actuar como órganos de consulta y colaboración del Estado, desarrollar lineamientos para la estandarización y mejora tecnológica de procesos y productos, difundir buenas prácticas de la industria y educar a sus miembros respecto del cumplimiento de la normativa aplicable en general y de defensa de la competencia en particular.

(*) Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata (2009) y Magister en Derecho y Economía (tesis pendiente) en la Universidad Torcuato Di Tella (2017). Abogada integrante de la Dirección de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Anteriormente se desempeñó como asesora legal en GlobalLogic Argentina y como asociada del estudio Marval O'Farrell & Mairal.

(**) Lic. en Economía (UBA, 1994) y Dra. en Economía (U. de Toulouse, 2003). Directora Nacional de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia desde junio de 2016. Profesora de Microeconomía en la Maestría en Economía de la U. Torcuato Di Tella. Anteriormente se desempeñó como Economista Senior en Compass Lexecon y fue profesora full time en la UTDT y en la Universidad de Wisconsin-Madison.

Las opiniones aquí vertidas son las de las propias autoras y no deben ser tomadas como opiniones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En su interior, estas organizaciones discuten problemáticas comunes y buscan encontrar soluciones que convengan a los intereses del conjunto de los asociados, soluciones que resultarían altamente difíciles de alcanzar para cada uno de sus miembros de manera individual. En consecuencia, muchas de sus actividades deben ser apoyadas y alentadas, puesto que promueven en última instancia el funcionamiento eficiente del mercado y el interés económico general.

Tan importante resulta el derecho a asociarse, que ha recibido reconocimiento constitucional mediante su inclusión expresa en el art. 14 de la CN argentina, el cual establece que todas las personas gozan de la prerrogativa de formar organizaciones, asociaciones, grupos no gubernamentales, etc., sin que para ello sea necesario reconocimiento estatal ni permiso alguno (1). En el mismo sentido se expresan los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional mencionados en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna (2).

Por su parte, los arts. 168 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.) delimitan el marco normativo sobre la

(1) Art. 14 CN: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de asociarse con fines útiles (...)."

(2) Arts. 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2º.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

constitución y funcionamiento de las asociaciones civiles sin fines de lucro. En particular, el art. 168 establece que el objeto de las asociaciones civiles no deberá ser contrario “al interés general o al bien común” y fija de manera expresa los criterios para su interpretación. Esta incorporación al Cód. Civ. y Com. pone fin a una extensa discusión jurisprudencial en torno al alcance del concepto de “bien común” en el seno de las asociaciones civiles, en cuanto a si se trata del bien común de toda la comunidad, o del bien común de los integrantes de dicha asociación. La referida cuestión provocó un amplísimo debate en el fallo “ALITT” (3), el cual se inclinó en este último sentido, modificando la jurisprudencia judicial y administrativa imperante durante casi ciento cincuenta años (4), que sostenía la necesidad de que el objeto de las asociaciones civiles debía perseguir el bien común de la comunidad.

De cualquier modo, no todas las combinaciones o grupos de personas físicas y/o jurídicas resultan alcanzadas por la normativa de competencia. Si bien la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (en adelante “LDC”) promulgada el 15 de mayo de 2018 carece de una definición expresa de asociación, podemos señalar dos elementos principales que deben estar presentes para que una asociación determinada esté alcanzada por la LDC:

1. El elemento estructural u organizacional: Una asociación debe tener una estructura corporativa de largo plazo, que la distinga de sus miembros (en cuanto a su responsabilidad frente a la LDC) y que la distinga también de simples acciones conjuntas de competidores.

(3) CS, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c. Inspección General de Justicia”, A. 2036. XL.

(4) La doctrina del fallo de la CS, 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, Fallos 314:1531, LL AR/JUR/418/1991 fue el criterio imperante durante este período. Este establecía que, dado que la finalidad de la entidad solo beneficiaba a un grupo de personas individualizado, no se encontraría cumplido el requisito del “bien común” establecido en el art. 33, segunda parte, apart. 1º, del antiguo Cód. Civil para el otorgamiento de la personería jurídica.

2. El elemento funcional: Las actividades de la asociación deben tener algún efecto, al menos indirecto, en la actividad económica (5).

A los fines de sistematizar el alcance que se le debe dar al concepto de “asociación” en este contexto, existen 3 principales categorías de asociaciones que podemos identificar y que se explican a continuación (6).

1. *Cámaras y asociaciones comerciales*: Este tipo de asociación suele estar compuesta por un conjunto de individuos o empresas que cuentan con un interés económico común y que por ello unifican personería bajo un único representante con el fin de tomar acciones conjuntas que promuevan sus objetivos comerciales. En la actualidad, existen cámaras y asociaciones comerciales en casi todos los sectores de la economía, las que, en general, también forman parte de asociaciones o cámaras a nivel internacional. En la mayoría de los casos, estos organismos no venden productos ni prestan servicios ni tratan directamente con clientes. Su actividad suele estar dirigida a producir beneficios para sus miembros y a aumentar la eficiencia del mercado en su conjunto. Algunas de sus principales actividades en este sentido se relacionan con el fomento de la capacitación y profesionalización de sus miembros, la promoción y publicidad de la actividad o productos de sus miembros, la generación y difusión de datos y reportes de la industria, la promoción y fomento de estándares y mejores prácticas entre sus miembros, la emisión de recomendaciones y generación de lazos con los organismos regulatorios con el fin de actuar como mediadoras en el planteo de inquietudes, inconvenientes y protección de los intereses de sus asociados. Según los datos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en el país existen registradas aproximadamente 138 Cámaras empresarias (7).

(5) El art. 4º de la LDC establece que los sujetos alcanzados son “[t]odas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional...”.

(6) OECD, *Policy Roundtables: Trade Associations*, 2007, ps. 21-23.

(7) Véase listado de cámaras empresarias disponible en <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/camarasempresarias>.

2. *Colegios profesionales*: Numerosas profesiones son organizadas y nuclean a sus miembros bajo este tipo de asociaciones, las que, a su vez, gozan de reconocimiento estatal para ello. Muchos de estos colegios actúan como ámbitos de consulta en el diseño de la normativa regulatoria aplicable en la materia, dada la amplia capacitación y experiencia profesional con la que cuentan sus miembros. De manera similar a lo que sucede con las cámaras o asociaciones comerciales, los colegios profesionales representan los intereses de sus miembros frente a la administración general, los organismos públicos y los medios de comunicación.

3. *Organismos autorregulados*: Estos organismos no están incluidos en ninguno de los dos tipos de asociaciones mencionados en los puntos precedentes. Su fundamento esencial es que la conducta de sus miembros adheridos estará sujeta a un determinado grado de supervisión y control por parte de su organismo representativo, o bien por una autoridad creada por dicho organismo o por sus miembros, con el fin de asegurar que los usuarios o consumidores estén protegidos de comportamientos no éticos o inaceptables por parte de sus miembros asociados.

II. Actividades de las asociaciones y la Ley de Defensa de la Competencia

La LDC establece en su art. 1º que “[e]stán prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Sin perjuicio del derecho a asociarse que, como se mencionó en la Sección I, tienen tanto las empresas como los profesionales independientes, las asociaciones que en la práctica ejercen este derecho son susceptibles de estar alcanzadas por la LDC, en la medida que su actividad esté “relacionada con la producción e intercambio de bienes y servicios”. Como indica el art. 4º, el alcance de la LDC es independiente

de que la asociación tenga o no fines de lucro, sea pública o privada (8).

Las asociaciones de empresas o profesionales independientes, en cuanto agrupan a personas (humanas o jurídicas) que compiten en un mismo mercado y se reúnen con frecuencia, pueden ser ámbitos propicios para que los asociados lleven a cabo acuerdos alcanzados por el art. 1º de la LDC. Por ese motivo, deben tener especial cuidado en velar porque sus actividades no sean violatorias del régimen de defensa de la competencia, ni se conviertan en instrumentos que faciliten la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de sus miembros asociados.

II.1. Responsabilidad de las asociaciones frente a posibles violaciones a la Ley de Defensa de la Competencia

Bajo ningún concepto, el solo hecho de formar parte de una asociación puede ser visto como una violación en sí misma de la normativa de competencia o como prueba de la existencia de un acuerdo ilícito, sino como el ejercicio del derecho constitucional de asociarse con fines útiles. Sin embargo, ciertas actividades de las asociaciones de competidores podrían resultar ser sancionables en virtud de lo establecido en la LDC, la cual establece dos clases de conductas anticompetitivas:

1. Las prácticas “absolutamente restrictivas de la competencia”, para las cuales se presume que por su mera naturaleza u objeto producen perjuicio al interés económico general, que están enumeradas en el art. 2º. Estas son las conductas que se conocen como “cárteles de núcleo duro” (*hard-core cartels*, en la literatura en inglés) y que consisten en:

a. Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado;

b. Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad limitada de bienes y/o prestar

(8) Esta es una característica común de las leyes de competencia en el mundo. Véase, p. ej., OECD, *Policy Roundtables: Trade Associations*, 2007, p. 19.

un número, volumen o frecuencia limitado de servicios;

c. Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; y

d. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

2. Otras prácticas que restrinjan o distorsionen la competencia o el acceso al mercado o que constituyan un abuso de posición dominante, en la medida que puedan generar un perjuicio al interés económico general y que se mencionan de manera no taxativa en el art. 3º de la LDC. Para estas últimas se aplica la “regla de la razón”. Dentro de este grupo se encuentran:

a. Acuerdos entre competidores no especificados en el art. 2º;

b. Abusos de posición dominante con el objetivo de excluir competidores del mercado (abusos exclusorios); y

c. Abusos de posición dominante que directamente perjudican a los consumidores (abusos explotativos).

Si bien las actividades de las asociaciones de competidores en general podrían configurar conductas anticompetitivas en cualquiera de las categorías mencionadas, en general serán aquellas asociaciones que realizan por sí mismas actividades en el mercado las que podrán ser responsables de abusos de posición dominante, sea de tipo exclusorio o explotativo. Ese podría ser el caso de asociaciones de profesionales que tienen el monopolio legal para ofrecer ciertos servicios y determinar sus precios (9). En el caso de las asociaciones que no actúan direc-

tamente en el mercado, los mayores riesgos de conductas anticompetitivas vienen dados por su capacidad para facilitar o servir como instrumentos para la puesta en funcionamiento y/o la estabilidad en el tiempo de acuerdos de cartelización. En este sentido, las reuniones de los miembros en el seno de una asociación podrían convertirse en un ámbito de discusión de acuerdos prohibidos por la LDC. Asimismo, los intercambios de información que se realizan a través de las asociaciones o las recomendaciones de las asociaciones referidas a cuestiones comerciales podrían configurar conductas violatorias del art. 2º de la LDC.

La responsabilidad de la asociación frente a una conducta anticompetitiva llevada a cabo por sus miembros asociados existirá únicamente en la medida en que esta haya tenido una participación separada de la de sus miembros en la génesis, organización o ejecución de la conducta ilícita. Por el contrario, si la conducta anticompetitiva fue cometida sin conocimiento de la asociación, esta no deberá ser tenida como responsable.

En casos de violaciones a la LDC, según los criterios desarrollados en los párrafos precedentes, las asociaciones son pasibles de ser sancionadas por la autoridad de aplicación con multas y/u órdenes de cese, según las pautas establecidas en el Capítulo VII. En la Sección IV se desarrollarán algunos ejemplos en los que se han aplicado sanciones a asociaciones de diverso tipo.

De la misma manera, en caso de ser responsables de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el art. 2º de la LDC, las asociaciones pueden estar alcanzadas por los beneficios del Programa de Clemencia establecido en el Capítulo VIII. Este régimen otorga beneficios de exención o reducción de sanción a aquellas personas humanas o jurídicas que se autodenuncien ante la autoridad de aplicación y aporten elementos de prueba que permitan determinar la existencia de la práctica (10). Es importante tener en cuenta que, en el caso de las asociaciones, estas pueden acogerse al Programa de Clemencia por sí mismas, pero no en representación de sus asociados.

(9) El caso de la sanción impuesta recientemente por la Secretaría de Comercio a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) configura, justamente, un caso de abuso explotativo. Ver res. SC 371/2018, de fecha 26/6/2018 y dictamen CNDC 43, de fecha 17/5/2017, en el marco del expte. S01:0427368/2009, caratulado “Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina s/ solicitud de intervención de la CNDC (C. 1302)”. Una explicación del caso se encuentra en la sección V.3.

(10) Ley 27.442, art. 60.

III. Los riesgos de las asociaciones comerciales o profesionales

Como se mencionó anteriormente, las asociaciones empresarias o profesionales, por el simple hecho de agrupar empresas o individuos que compiten entre sí en el mercado, corren un alto riesgo de violación de la normativa de competencia. Tomar conciencia de los riesgos es el primer paso para adoptar las medidas necesarias para evitarlos. Con ese espíritu, en esta sección se mencionan algunas situaciones y actividades típicas de las asociaciones que pueden implicar riesgos en este sentido. Estas pueden incluir tanto normas de la asociación, como reglamentos y códigos de ética, recomendaciones emanadas de la asociación, relacionadas con cuestiones comerciales de sus asociados, fijación de estándares e intercambio de información sensible.

III.1. Fijación de precios y repartos de mercado

Como se explicó anteriormente, los acuerdos de precios constituyen una de las prácticas anti-competitivas que la LDC presume que generan un perjuicio para el interés económico general. La fijación de precios por parte de una asociación de competidores se manifiesta, en la práctica, como un acuerdo de precios instrumentado a través de una asociación.

Las asociaciones empresarias o profesionales pueden fijar precios directamente, por ejemplo, acordando un precio de lista y limitando los descuentos que los miembros pueden aplicar (11), o indirectamente, a través de la fijación de precios mínimos o precios objetivo, o de imponer limitaciones a la determinación independiente de los precios por parte de los miembros (12).

(11) Un ejemplo de este tipo lo constituye el caso de la sanción impuesta recientemente por la Secretaría de Comercio al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, a la Asociación de Farmacias de Tucumán y al Círculo de Farmacias del Sud. Ver res. SC 47/2018, de fecha 23/1/2018 y dictamen CNDC 94, de fecha 7/11/2017, en el marco del expte. S01:0057194/2013, caratulado "Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/infracción ley 25.156 (C. 1462)". Una explicación del caso se encuentra en la sección V.2.

(12) OECD, Policy Roundtables: Trade Associations, 2007, p. 31.

La LDC da el mismo tratamiento a los acuerdos para repartirse mercados, tanto en términos de zonas geográficas, clientes o inclusive licitaciones (sean estas organizadas por el sector público o empresas privadas o estatales). En todos los casos, la asociación podría estar funcionando como el ámbito en el que estos acuerdos se instrumentan, ya sea a través de las reuniones que la asociación organiza, de recomendaciones que la asociación pudiera hacer sobre cómo repartirse mercados o, en casos más extremos, cuando la propia asociación actúa como contraparte negociadora en ciertos contratos.

III.2. Decisiones sobre publicidad y otras prácticas comerciales

La publicidad, en la medida en que provee información a los consumidores sobre la existencia, características y precio de los productos, es una herramienta que favorece la competencia (13). Por ese motivo, las asociaciones deben evaluar el impacto que sus decisiones con respecto a la publicidad puedan tener en la competencia.

En términos generales, la publicidad institucional que pueda llevar adelante la asociación referida a características generales de los productos que ofrecen sus asociados o los eventos que estas puedan organizar para que los asociados muestren sus productos favorecen la competencia.

Por el contrario, si la asociación impone restricciones a la cantidad o tipo de publicidad que pueden hacer sus miembros asociados, esto puede restringir la competencia dado que impide que los consumidores obtengan información sobre precios de los productos competidores y, por lo tanto, tomen decisiones informadas (14). En este sentido, las asociaciones deben procurar no imponer límites a la publi-

(13) Véase, TIROLE, Jean, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, MA, 1988. Véase también SHY, O., *Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, MA, 1995.

(14) Véase res. SC 47/2018, de fecha 23/1/2018 y dictamen CNDC 94, de fecha 7/11/2017, en el marco del expte. S01:0057194/2013, caratulado "Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/infracción ley 25.156 (c. 1462)".

dad que puedan hacer sus miembros, excepto en casos en los que esos límites sean necesarios para proteger a los consumidores de información engañosa (15).

III.3. Decisiones sobre estándares

En muchos casos las asociaciones promueven la creación de estándares técnicos, de seguridad o de calidad para los productos que ofrecen sus asociados. En general, estos estándares favorecen la competencia porque ayudan a reducir asimetrías de información entre productores y consumidores, favorecen la interoperabilidad de los productos y reducen, por lo tanto, los costos de cambiar de proveedor e incentivan la producción de bienes de mayor calidad. Sin embargo, la creación de estándares puede tener efectos anticompetitivos si, como resultado del estándar, ciertos productos que son valorados por los consumidores dejan de producirse o si la creación de estándares aumenta significativamente las barreras a la entrada en cierto mercado (16). De la misma manera, los efectos anticompetitivos de la fijación de estándares por parte de una asociación son más importantes si, al mismo tiempo, la asociación ejerce presión para que proveedores no asociados no comercialicen productos que no satisfacen ese estándar (17).

La probabilidad de que los efectos pro-competitivos de los estándares prevalezcan por sobre los potenciales efectos anticompetitivos es mayor cuando el estándar tiene un fuerte sustento técnico, producto del consenso dentro de la industria, cuando el acceso al estándar es abierto y no discriminatorio, cuando la adhesión al estándar es voluntaria de modo de no limitar la innovación y cuando la asimetría de información de los consumidores es relativamente importante (18).

En conclusión, las decisiones sobre estandarización deberían tomarse únicamente en aquellos casos en que sean necesarias para proveer información a los consumidores y de manera de evitar crear barreras a la entrada y/o restricciones a la innovación.

Por último, las asociaciones ofrecen, en muchos casos, contratos tipo, con términos y condiciones estandarizados, con el objetivo de simplificar las negociaciones entre los miembros y sus clientes o proveedores. La obligatoriedad de aplicación de esos contratos tipo para los miembros de la asociación puede tener efectos anticompetitivos porque limita las opciones de los clientes (19). Asimismo, la estandarización de términos y condiciones puede ser una herramienta que facilite la cartelización de los miembros de la asociación, particularmente cuando esta es obligatoria. Por este motivo, se suele recomendar que la adopción de contratos tipo no sea obligatoria para los miembros de la asociación (20).

III.4. Condiciones de membresía, restricciones al acceso y boicots

Las reglas internas de las asociaciones que determinan quiénes pueden y quiénes no pueden formar parte de una asociación también pueden tener efectos anticompetitivos, especialmente cuando la asociación en cuestión controla un activo, regula un derecho indispensable para la participación en el mercado (21), o cuando el rol de la asociación en el mercado es tan significativo que los no miembros estarían en una situación competitiva desventajosa, comparados con los miembros. Similares efectos anticompetitivos pueden tener las decisiones de una asociación de expulsar o suspender a un miembro.

(15) FNE, *Asociaciones gremiales y libre competencia*, material de promoción, nro. 2, 2011, p. 31.

(16) OFFICE OF FAIR TRADING, *Trade associations, professions and self-regulating bodies*, Competition Law Guideline, December 2004.

(17) Comunicación de la Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, 2011/C 11/01, cap. 6.

(18) Comunicación de la Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a

los acuerdos de cooperación horizontal, 2011/C 11/01, cap. 6.

(19) Office of Fair Trading, *Trade associations, professions and self-regulating bodies*, Competition Law Guideline, December 2004.

(20) CNC, *Guía para asociaciones empresarias*, 2009, p. 19.

(21) Este suele ser el caso de los colegios o asociaciones profesionales, que en muchos casos tienen el monopolio legal de la matriculación de los profesionales, sin la cual estos no pueden ejercer su profesión.

Para evitar estos riesgos, las mejores prácticas recomiendan que la membresía a una determinada asociación sea voluntaria (a excepción de los casos de las profesiones reguladas, para las cuales la membresía es requerida para el ejercicio de la profesión), basada en criterios claros y objetivos, cuya valoración sea sencilla. De la misma forma, la expulsión o suspensión de miembros debería hacerse solo en casos de causa justificada. En todos los casos, el interesado tiene que tener la posibilidad de apelar la decisión de la asociación (22).

Situaciones similares ocurren cuando las asociaciones son utilizadas como instrumentos para boicotear a un cliente o proveedor de los miembros de la asociación. Esto puede suceder si la asociación recomienda a sus miembros no comerciar con un determinado proveedor o cliente. Si el conjunto de los miembros de la asociación representa una parte significativa del mercado, la recomendación puede resultar en la exclusión del proveedor o cliente en cuestión y constituir una violación a la LDC.

III.5. Intercambios de información sensible

El intercambio de información suele ser uno de los objetivos centrales de las asociaciones empresarias o profesionales. Las asociaciones suelen producir y distribuir entre sus miembros información relevante para la actividad sobre desarrollos tecnológicos en la industria y estadísticas económicas y de negocios. Desde un punto de vista económico, la información tiene características de “bien público”, en cuando su utilización por parte de un individuo no reduce la disponibilidad para el resto de los individuos (23). En este sentido, la recopilación y el procesamiento de información por parte de la asociación es eficiente, en comparación con la recopilación por parte de cada uno de los miembros de manera separada.

Si bien los beneficios de una mayor y más precisa información para el funcionamiento de los mercados son innegables, no menos cierto es que una mayor transparencia en los merca-

dos puede ser un factor que facilite los acuerdos colusivos, ya que permite, tanto el monitoreo del cumplimiento de esos acuerdos, como la implementación de un castigo efectivo para aquellos que se apartan del acuerdo (24). Por este motivo, el intercambio de información en el seno de las asociaciones suele ser observado con detenimiento por las autoridades de competencia (25).

Sin embargo, no cualquier intercambio de información es útil para los acuerdos de colusión. En este sentido, es útil distinguir el tipo de información que las asociaciones pueden distribuir entre los asociados que resulta pro-competitiva, de aquella que puede resultar en violaciones de la LDC. Tres factores deben tenerse en cuenta al momento de analizar si la información que se va a intercambiar o difundir puede ser potencialmente utilizada para facilitar acuerdo de colusión: la naturaleza de la información, la antigüedad de la información y el nivel de agregación (26).

En cuanto a la naturaleza de la información, el intercambio de información “sensible” (referida a precios, volúmenes de producción, estrategias comerciales futuras, planes de negocios, etc.) tiene un alto potencial colusivo, mientras el potencial colusivo de información referida a

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

(25) Un ejemplo que ilustra esto es el de la sanción impuesta por la Secretaría de Coordinación Técnica a la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland por intercambiar información sensible entre las empresas fabricantes de cemento portland que posibilitó el acuerdo de colusión. Véase res. SCT 124/2005 de fecha 25/7/2005 y dictamen CNDC 513 de fecha 25/7/2005, en el marco del expte. 064-012896/99, caratulado “Loma Negra CIA SA, Cemento San Martín SA, Juan Minetti SA, Corcemar SA, Cementos Avellaneda SA, Cementos El Gigante SA y Petroquímica Comodoro Rivadavia SA, Conducta 513”. Una explicación del caso se encuentra en la sección V.1.

(26) OECD, *Policy Roundtables: Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, 2010, p. 11. Véase también res. CNDC 77/2017, de fecha 24/10/2017, en el marco del expte. S01: 0371425/2016, caratulado: “Investigación de mercado sobre las condiciones de competencia en la cadena de valor de la industria lechera (C. 1609)”, Anexo III: *Lineamientos para las mejores prácticas en defensa de la competencia en la actividad de las Cámaras y Asociaciones Empresarias*.

(22) OECD, *Policy Roundtables: Trade Associations*, 2007, p. 34.

(23) VARIAN, Hal R., *Microeconomic Analysis*, 3ª ed., W. W. Norton and Company, New York, 1992, p. 414.

condiciones generales del mercado es mucho más bajo (27).

En lo que respecta a la antigüedad de la información, el potencial colusivo disminuye cuanto más vieja es la información. En este sentido, la información referida a planes futuros es la más peligrosa, mientras que la información histórica tiene un riesgo menor.

Finalmente, la información de carácter agregado tiene un potencial colusivo bajo, mientras que la información que está individualizada por empresa puede utilizarse de manera mucho más directa para instrumentar acuerdos de colusión.

En definitiva, a fin de reducir los riesgos de ser sancionadas por violaciones a la LDC por sus políticas de intercambio de información, es recomendable que las asociaciones eviten intercambiar información “sensible”; recopilen únicamente información de carácter histórico con un rezago suficiente y difundan la información de manera agregada.

Por último, el potencial anticompetitivo del intercambio de información será más importante cuanto más concentrado esté el mercado en cuestión, cuanto más frecuente sea el intercambio y cuanto menos se difunda la información más allá de los asociados (a empresas no asociadas o a consumidores) (28). Por lo tanto, es deseable que la información que recopile una asociación sea de carácter voluntario, poco frecuente y que se dé acceso a personas humanas y jurídicas no asociadas.

IV. Antecedentes internacionales

A nivel internacional se han ido generado diferentes acciones de promoción de la competencia destinadas a aumentar la certidumbre sobre de la visión que las distintas agencias de competencia tienen respecto del accionar de las asociaciones comerciales o profesionales y los métodos para proteger y fomentar la com-

petencia en los respectivos mercados afectados. A continuación, se mencionan algunos de los principales documentos emitidos en tal sentido.

En España, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) publicó en el año 2009 una guía para asociaciones empresarias (29). Dado que para la legislación española una decisión de una asociación empresarial puede constituir una práctica anticompetitiva y ser por lo tanto sancionable por la Ley de Defensa de la Competencia, esta guía se encarga de ofrecer una serie de pautas dirigidas a las asociaciones respecto de los principales factores que deben tener en cuenta para evitar conductas anticompetitivas.

En el año 2010, la Unión Europea actualizó las directrices sobre acuerdos horizontales (30). Este documento sienta los principios y bases aplicables para la evaluación de los efectos sobre la competencia que los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas entre competidores ya sean reales o potenciales podrían tener.

Por su parte, la Comisión Australiana de Competencia y Consumo publicó en el año 2010 una guía para el funcionamiento de asociaciones profesionales (31). La guía busca establecer los mecanismos mediante los cuales las asociaciones profesionales pueden brindar la mayor cantidad de beneficios a sus miembros, al mercado, a la comunidad y a los consumidores, sin incurrir en prácticas abusivas de la competencia.

Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica de Chile elaboró en 2011 un documento de promoción en el que expone su visión sobre la actividad de las asociaciones empresariales y profesionales y la defensa de la competencia (32).

(29) CNC, *Guía para asociaciones empresarias*, diciembre 2009.

(30) Comunicación de la Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal*, 2011/C 11/01. La primera versión de estas directrices data del año 2001.

(31) ACCC, *Professions and the Trade Practices Act*, 2010.

(32) FNE, *Asociaciones gremiales y libre competencia*, material de promoción, nro. 2, 2011.

(27) Véase FEDERAL TRADE COMMISSION, *Spotlight on Trade Associations*, sin fecha.

(28) OFFICE OF FAIR TRADING, *Trade associations, professions and self-regulating bodies*, Competition Law Guideline, December 2004.

El documento también pone a disposición de las asociaciones una serie de recomendaciones para orientarlos en el cumplimiento de la normativa de competencia.

En el año 2015, la Oficina de Competencia de Canadá actualizó su guía para asociaciones empresarias(33), dictado originariamente en el año 2010, cuyo objeto principal es proporcionar orientación a las distintas asociaciones comerciales sobre los modos en los que su accionar puede constituir una infracción a la Ley de Competencia y los mecanismos para evitar potenciales sanciones.

Por último, en el año 2015 la Comisión Nacional de Competencia Económica de México publicó una guía para el intercambio de información(34), la cual se encarga de orientar acerca de las situaciones que pueden favorecer el contacto entre competidores y desarrolla las recomendaciones para todos aquellos agentes económicos que intercambian información.

En línea con la experiencia internacional, la CNDC se encuentra en proceso de redacción de una guía de lineamientos y mejores prácticas dirigida a las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales en Argentina.

V. Casos de sanciones a cámaras o asociaciones empresarias

La Argentina tiene un historial de casos en los que se ha multado a diversas asociaciones por conductas anticompetitivas. En esa sección se presenta un análisis de tres casos de asociaciones que la autoridad de aplicación ha sancionado.

V.1. El cártel del cemento y el papel de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland

El 25 de julio de 2005, la Secretaría de Coordinación Técnica mediante res. 124/2005, y adoptando la recomendación del dictamen CNDC 513/2005 impuso una multa por un monto total de ARS 309,2 millones a las cinco

empresas productoras de cemento de la Argentina, por un acuerdo de colusión que consistió en un reparto de mercados entre las empresas, el establecimiento de cuotas de participación en ciertas zonas y localidades del país y el intercambio de información competitivamente sensible. Asimismo, el secretario impuso una multa de ARS 529 289 a la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP) por haber sido el instrumento utilizado por las empresas para acordar y monitorear el cártel y para intercambiar información.

Según consta en los considerandos de la multa, el papel de la AFCP fue el de establecer un sistema de control de intercambio de información sensible que permitía controlar y monitorear el cártel. En efecto, la AFCP administraba un complejo sistema estadístico que les permitían a las empresas perfeccionar y monitorear el acuerdo y, de ser necesario, castigar rápida y efectivamente a las empresas que se desviarían de él. De acuerdo con el dictamen de la CNDC, “dicho sistema ha constituido durante el período investigado un mecanismo de soporte y control de la concertación de cuotas y participaciones de mercado entre las empresas cementeras asociadas, imprescindible para detectar incumplimientos y corregir desvíos respecto de las cuotas y participaciones concertadas” (35). La investigación de la CNDC demostró que el sistema estadístico fue mejorándose con el tiempo y con la adopción de tecnologías informáticas para hacerlo más detallado y exhaustivo, lo cual mejoraba su capacidad de instrumento coordinador del cártel (36).

Una dificultad que aparece en el caso de sanciones a asociaciones es el cálculo de la multa a aplicar, en particular cuando las asociaciones no tienen fines de lucro y no se han beneficiado directamente de la conducta sancionada(37). En

(35) Dictamen CNDC 513 del 25/7/2005, p. 42.

(36) Para un detalle de la información sensible que se compartía a través del sistema estadístico de la AFCP, véase dictamen CNDC 513 del 25/7/2005, ps. 47-55.

(37) El art. 55, inc. b) de la ley 27.442 establece que el monto de las multas se relaciona con el volumen de negocios de la empresa sancionada en el mercado afectado y/o con el beneficio ilícitamente obtenido. Estos parámetros pueden no ser relevantes en el caso de asociaciones que no realizan por sí mismas actividades comerciales.

(33) CBC, *Information Bulletin on Trade Associations*, 2015.

(34) COFECE, *Guía para el intercambio de información entre agentes económicos*, Guía 007/2015.

el caso de la sanción a la AFCP, la CNDC tomó el criterio de imponer la multa máxima prevista por la ley 22.262, aplicable al caso en cuestión, en virtud de que la participación de la AFCP fue imprescindible para el funcionamiento del cártel, además del esfuerzo puesto en el perfeccionamiento del sistema estadístico. Además de la multa, el secretario le ordenó a la AFCP que, en caso de continuar a cargo de la recolección y procesamiento de la información sobre producción, importaciones o despachos de cemento Portland de cada una de las empresas asociadas, debería tomar los recaudos y medidas de seguridad necesarios para que la información de cada empresa solo resulte accesible para el personal de la AFCP encargado del manejo del sistema estadístico, quien debería estar obligado a guardar estricta confidencialidad.

V.2. La sanción a asociaciones de farmacéuticos de Tucumán

La res. 47 del 23 de enero de 2018 de la Secretaría de Comercio multó al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, a la Asociación de Farmacias de Tucumán y al Círculo de Farmacias del Sud por un total de ARS 6,5 millones, por un acuerdo de fijación de precios, por regular la inversión en publicidad y por imponer restricciones a los horarios de funcionamiento de las farmacias de la provincia de Tucumán. Asimismo, el secretario ordenó al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán sustituir, eliminar o adecuar, según corresponda, los artículos del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas y del Código de Ética que daban origen a las conductas anticompetitivas (38).

En este caso, las tres entidades multadas, que nuclean a los profesionales farmacéuticos de la provincia de Tucumán, están encargadas de gestionar el cobro por parte de las farmacias de los porcentajes a cargo de las obras sociales y prepagas y contratar con las obras sociales, mutuales y otras entidades de prestaciones de servicios de salud.

Antes de la emisión de la sanción, y a los efectos de prevenir mayores daños al interés económico general, el secretario de Comercio dictó

(38) Arts. 8º y 9º de la res. SC 42/2018 de fecha 23/1/2018.

una medida preventiva el 14 de mayo de 2017 por medio de la cual ordenó a las tres asociaciones involucradas que se abstuvieran de prohibir la competencia entre sus asociados (39).

En su investigación la CNDC comprobó que las normas internas del Colegio de Farmacéuticos, en particular el Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas contenían cláusulas que impedían a los profesionales colegiados competir por precios, como la prohibición de ofrecer descuentos mayores al 10% en los precios de venta al público de especialidades medicinales, la prohibición de realizar descuentos adicionales sobre los descuentos de las obras sociales, la prohibición de publicitar descuentos y ofertas de especialidades medicinales y la prohibición de que las farmacias permanecieran abiertas fuera de los horarios comerciales (40). Además, establecía sanciones a los profesionales colegiados que no cumplieran con esas prohibiciones. Adicionalmente, la CNDC comprobó la existencia de un acuerdo entre las tres asociaciones de farmacéuticos que extendían esas prohibiciones a los profesionales no pertenecientes al Colegio de Farmacéuticos.

Dado que las asociaciones multadas tienen ingresos por distintos servicios, en este caso se tomó el criterio de calcular las multas como un porcentaje de esos ingresos. Teniendo en cuenta el criterio de la capacidad económica, se estableció la multa en el 10 % de los ingresos totales de las entidades. En el caso del Colegio de Farmacéuticos, el porcentaje se duplicó por considerar la CNDC que este fue el artífice principal del acuerdo anticompetitivo (41).

V.3. Sanción a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores por abuso explotativo

El 26 de junio de 2018, por medio de la res. 371/2018, el secretario de Comercio impuso una multa de ARS 42,7 millones a la Sociedad Argen-

(39) Res. SC 180/2017 de fecha 14/5/2017.

(40) Dictamen CNDC 94 del 7/11/2017. El Código de Ética del Colegio de Farmacéuticos también contenía disposiciones similares, que prohibían los descuentos y la publicidad, no solo de medicamentos, sino también de artículos de perfumería que también se comercializan en farmacias.

(41) Dictamen CNDC 94 del 7/11/2017, p. 74.

tina de Autores y Compositores (SADAIC) por abuso de su posición dominante en relación con los aranceles que esta aplica a los hoteles por reproducción de música a través de aparatos de televisión y similares ubicados en las habitaciones o lugares comunes. Además de la multa, el secretario de Comercio recomendó al Poder Ejecutivo Nacional que propicie el dictado de normativa que regule el régimen de fijación de aranceles a los hoteles por parte de SADAIC.

SADAIC tiene el monopolio legal para la gestión colectiva del cobro de derechos de autores y compositores de música, otorgado por la ley 17.648. Como tal, SADAIC ostenta una posición dominante en el mercado relevante, definido por la CNDC como el de otorgamiento de autorizaciones para la reproducción de música en establecimientos hoteleros y de alojamiento (42). Sin embargo, los precios en este mercado no están regulados, sino que es la misma SADAIC quien determina los aranceles.

La CNDC mostró que SADAIC había abusado de su posición de dominio al cobrar aranceles excesivos a los hoteles, que llegaban a ser hasta 16 veces más altos que el promedio de los aranceles que cobran sociedades similares en otros países de Iberoamérica y entre cinco y seis veces más que los aranceles de otras sociedades de derechos de autor en la Argentina. Asimismo, se comprobó que SADAIC no tiene en cuenta la ocupación de las habitaciones de los hoteles para el cobro de aranceles.

La multa aplicada a SADAIC corresponde al 10% del total de ingresos en concepto de aranceles cobrados a establecimientos hoteleros desde abril de 2009 hasta octubre de 2014 (actualizados por inflación a abril de 2017), período para el que la conducta fue probada.

VI. Conclusiones

Conforme se ha desarrollado a lo largo del presente artículo, por su propia naturaleza, las asociaciones empresarias y profesionales se encuen-

tran expuestas a un importante riesgo de realizar conductas contrarias al régimen de competencia, toda vez que su actuación podría facilitar la cooperación entre competidores y, de esta manera, restringir la competencia en un determinado mercado. Por ello es que el conocimiento del marco normativo relevante y de los riesgos asociados a las distintas actividades es fundamental para fomentar una mayor competencia.

Numerosas jurisdicciones han elaborado documentos orientados a divulgar entre las asociaciones las mejores prácticas en cuanto a sus actividades y el manejo de la información. En el caso de la Argentina, la CNDC elaboró un primer lineamiento en este sentido en el marco de la investigación de mercado de la industria lechera (43). Asimismo, ha comenzado a realizar charlas en diversas entidades con el fin de difundir estos lineamientos y proveer información a cámaras y asociaciones sobre los cambios normativos y los alcances de la nueva ley (44). Por último, la CNDC también se encuentra elaborando su propia guía para asociaciones empresarias y profesionales, junto con un plan de difusión amplio que garantice su llegada al mayor número posible de asociaciones.

La promoción de la competencia en todos los ámbitos de la sociedad es una necesidad impostergable para hacer realidad los beneficios de la competencia. La sanción de la nueva ley de competencia es una oportunidad única para instalar este tema en la sociedad en general y en el ámbito de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales en particular.

(43) Res. CNDC 77/2017, de fecha 24/10/2017, en el marco del expte. S01: 0371425/2016, caratulado: "Investigación de mercado sobre las condiciones de competencia en la cadena de valor de la industria lechera (c. 1609)", Anexo III: *Lineamientos para las mejores prácticas en defensa de la competencia en la actividad de las Cámaras y Asociaciones Empresarias*.

(44) En este sentido, se han realizado presentaciones ante la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CAC), la Cámara Argentina de Especialidades Medicinales (CAEMe), la Cámara Española de Comercio de la República Argentina (CECRA) y se están programando otras presentaciones en el futuro.

(42) Dictamen CNDC 43 del 17/5/2017, p. 38.

El fomento en la nueva Ley de Defensa de la Competencia

HERNÁN LEANDRO REYES (*) Y FEDERICO ESSWEIN (**) (***)

Dougllass North, premio Nobel de Economía de 1993, instauró una forma de entender la relevancia de las llamadas instituciones en los procesos de desarrollo económicos a largo plazo. Las Instituciones de North no son lo que los abogados entendemos por ellas, sino que se trata de las reglas de juego o “las reglas formales, restricciones informales, y características del cumplimiento de estas (...) son restricciones creadas por las personas para dar forma a la interacción humana (...) Estructuran incentivos en el intercambio, ya sea político, social o económico” (1). En este sentido, tienen un significativo peso al momento de determinar los costos de transacción en una sociedad determinada, atravesadas por la inestabilidad general o la presencia exagerada de temores, que trae como consecuencia barreras al dinamismo de la economía.

Cuando los costos son demasiado altos es necesaria una espalda financiera amplia para el ingreso como nuevo oferente. Así, las instituciones débiles achican al mercado. No puede

resultar sorpresivo afirmar que los Estados y los mercados globalizados han desarrollado todo tipo de mecanismos legales a los efectos de atenuar la inestabilidad que produce la negociación impersonal en la medida que las interacciones crecen.

En respuesta, uno de los principales objetivos de una Ley de Defensa de la Competencia, siendo que es una ley inmersa en el plexo normativo mercantil, es atenuar estos costos de transacción realizando la trabajosa tarea, a largo plazo, de asegurar instituciones más sólidas en tanto previsibles y estables.

Siguiendo esta línea conceptual, creemos que resulta esencial atender las dificultades de la competencia en la Argentina como un problema institucional que requiere de un abordaje interdisciplinario tanto de órganos del Estado como también del sector privado. En el presente artículo vamos a desarrollar lo que creemos que la ley 27.442 de Defensa de la Competencia exige al Estado en materia de fomento, como también mencionar distintas formas de abordar al sector privado. Respecto de estas últimas, mencionaremos acciones de autorregulación que empiezan a aparecer para atender a dificultades en el mercado minorista de alimentos de Europa.

Para poner en palabras las enormes dificultades que tenemos por delante podemos tomar lo considerado por Claudia Curiel Leidenz cuando afirmaba que “En países cuyas economías se encuentran en transición hacia un proceso de apertura y conformación de un sistema de libre mercado, este papel de las agencias de

(*) Abogado egresado de la UBA. Fue secretario parlamentario del bloque de diputados de la Coalición Cívica. Actualmente es Diputado de la Ciudad de Buenos Aires y Vicepresidente de la Comisión de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

(**) Estudiante avanzado de abogacía en la UBA.

(***) Ambos autores fueron parte del equipo de la diputada Elisa Carrió en la redacción de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

(1) Extraído del ensayo de NORTH, Douglass C., “Instituciones, ideología y desempeño económico”, *Cato Journal de Invierno*, 1992.

competencia cobra un rol más importante, y en este sentido los encargados de implementar la política de competencia tienen una responsabilidad bastante retadora, pues en una gran parte de los casos deben crear la competencia y no meramente protegerla (...) En este contexto, la abogacía no está referida solamente a divulgar los alcances de la ley, sino a tratar de inculcar las opciones que la competencia implica para las empresas, más aún cuando los empresarios en estos países generalmente tienen una inercia de cartelización importante” (2). Esto de generar la competencia no debe ser entendido como una forma de intervención en la economía, sino como una forma de asentar las condiciones legales para la competencia en los mercados.

Esta afirmación evidentemente recibe un especial significado en el contexto argentino en que estamos escribiendo este artículo, donde estamos viendo un gigantesco caso de cartelización en la obra pública coordinada desde el Estado. Este no es un problema exclusivo de la Argentina, pero sí es un problema que nos golpea en el centro de nuestra cultura económica, política y social.

A nuestra consideración, el fomento de la competencia es una forma de anticiparse a las posibles y futuras conductas anticompetitivas o abusos. Es preciso tener en cuenta que muchas posiciones de privilegio de los *rent seeking* tienen como origen barreras legales que restringen la entrada y salida de los mercados. Las consecuencias de malas decisiones administrativas en mercados pequeños tienen impactos mayores que en los mercados más desarrollados. Por ello, se hace imprescindible en los países en desarrollo lograr que las políticas de competencia estén coordinadas con los esfuerzos de remoción de barreras burocráticas (3).

Los efectos negativos de las malas decisiones recaen siempre sobre los consumidores y

usuarios, en forma directa por el traslado del costo de transacción a precio o indirectamente por el traslado derivados de insumos de producción. Así, el fomento de la competencia deviene también en una defensa del interés de los consumidores.

Dadas las particulares necesidades de la Argentina, lo primero que es necesario explicar respecto del fomento de la competencia en la nueva ley 27.442 de Defensa de la Competencia, es que no existe una única autoridad de aplicación para ejecutar políticas de fomento. La determinación de las atribuciones fue una decisión legislativa consciente y tomada adrede, incluso fuera explicada de este modo en las sucesivas reuniones de asesores que antecedieron a la sanción de la ley. Actualmente, recaerá tanto sobre el creado Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como sobre la Secretaría de Comercio de la Nación, y sobre el Defensor del Pueblo Adjunto de la Competencia y los Consumidores.

Son conocidas por nuestra tradición las atribuciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia comprendidas en los incs. f) (4), g) (5), h) (6), i) (7), y r) (8) del art. 28 de la nueva ley, estas ya tenían su correlato en los incs. a), f), y ñ) del art. 18 y los incs. a), c) y d) del art. 20 de la reemplazada ley 25.156. La única innovación al respecto es que el Tribunal condensará tanto

(4) “Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades nacionales, provinciales o municipales, y a las asociaciones de defensa de los consumidores y de los usuarios, la documentación y colaboración que juzgue necesarias”.

(5) “Promover el estudio y la investigación en materia de competencia”.

(6) “Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante”.

(7) “Emitir recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados”.

(8) “Desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, incluyendo la convocatoria de audiencias públicas conforme a los arts. 47, 48, 49 y 50 de la presente ley y dar intervención a terceros como parte coadyuvante en los procedimientos”.

(2) CURIEL LEIDENZ, Claudia, “Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implementación de las políticas de competencia en América latina”, publicación de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y Política de la Competencia, 2000, p. 18.

(3) CURIEL LEIDENZ, Claudia, “Diseño de un modelo...”, cit., ps. 19-22.

las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como las que tenía la Secretaría de Comercio de la Nación tras la reforma del 2014.

En la nueva redacción se mantuvo que las opiniones *ex post* no sean vinculantes, dado que no es común a nuestra tradición legislativa que existan organismos con capacidad de derogar normas. Esta decisión legislativa se tomó a pesar del rigor técnico que se les impuso a los miembros del Tribunal. Quizás sea una expectativa latente a evaluar para el mediano y largo plazo, se puede concluir que esta resultó una redacción de medio camino.

Otro aspecto a ser evaluado a futuro es su capacidad de intervención *ex ante* con recomendaciones y anteproyectos. Pretendemos que su opinión sea progresivamente relevante para las agencias políticas en el proceso de elaboración de las normas con incidencia en el régimen de competencia. Entendemos que eventualmente, desde la dinámica interna de la administración, las opiniones podrían ser obligatorias en algunos aspectos estratégicos.

En lo que corresponde al Capítulo XIII sobre el Régimen de Fomento de la Competencia en la nueva ley, se ha innovado en la redacción condensando acciones propias de fomento también sobre el Tribunal. Concretamente, el art. 74 se otorga concurrentemente al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y a la Secretaría de Comercio de la Nación la facultad para la proyección de acciones de política pública de competencia. Las acciones son concurrentes bajo la premisa de que, la mayoría de las veces, será el resultado de estudios de mercado o la implementación de recomendaciones pro-competitivas que el propio Tribunal realice. Está a la vista que el objetivo pretendido por el legislador es dar un marco de ejecución a las recomendaciones pro-competitivas que se realicen.

Entre las acciones mencionadas en la ley, se destaca la opción de crear programas de financiamiento de proyectos. Esta herramienta, desde la perspectiva de una agencia ejecutiva de competencia, puede operar como un medio idóneo hacia emprendedores que necesiten sortear barreras de entrada económicas. Por este

tipo de políticas es que resulta necesaria una agencia dentro del ámbito del Poder Ejecutivo.

Otras acciones que pueden resultar de recomendaciones pro-competitivas van desde la eliminación de costos innecesarios de habilitación o permiso, la implementación de nuevas tecnologías para acotar los tiempos de trámites administrativos, programas de transparencia en la compra pública y su control posterior, o promover la licitación de infraestructura que reduzca costos en transporte y comunicaciones. Las recomendaciones de estas características tienen el potencial de tener impactos relevantes en la economía, pero requerirían ser materializadas por el Gobierno.

Entre las consideraciones de la Ley Tipo de la Defensa de la Competencia de la UNCTAD, se recomienda prestar particular atención al vínculo entre la agencia de la competencia y las entidades que gozan de delegación gubernamental para la regulación en determinados mercados(9). Esta forma de participación es receptada por la ley para la Secretaría de Comercio en el segundo y tercer párrafo del art. 77. Los entes estatales de regulación de servicios públicos deberán poner a consideración de la Secretaría de Comercio sus resoluciones administrativas cuando estas puedan afectar el régimen de competencia. Así empieza a aparecer la función *ex ante* en el nuevo régimen.

La relación entre el ente de competencia y los entes reguladores ya existía en la ley 25.156 pero en sentido inverso: al momento de analizar operaciones de concentración de empresas que intervengan en mercados regulados, era necesario requerir opinión al ente regulador correspondiente. En la nueva ley, esta situación continúa receptada en el art. 17. Al agregar esta condición recíproca, se la está dotando de un elemento innovador con posibles repercusiones muy interesantes sobre los mercados regulados.

Si bien las consideraciones de la Secretaría no son vinculantes, sí son de consideración obliga-

(9) "Ley Tipo de Defensa de la Competencia", publicación de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia, 2007, consideraciones 126 a 154.

toría para los entes reguladores. Nuevamente la condición de vinculante puede ser una expectativa latente para futuras reformas, cuando conozcamos las consecuencias de la implementación de este modelo.

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia recientemente publicó una Guía(10) destinada a los entes regulares a los efectos de aclarar la implementación de esta revisión preventiva que, según la Guía se enfoca en advertir (*ex ante*) sobre potenciales afectaciones de la libre competencia económica que podrían causarse. Este tipo de iniciativas, dentro de la propia Administración, podrían ser tenidas en cuenta para ser reproducidas y asegurar un mejor *enforcement* de la ley.

El tercer párrafo del art. 77 habilita a la convocatoria a audiencias públicas si se estima que el acto administrativo podría afectar seriamente el régimen de competencia. Esta atribución es coherente con aportar un proceso de examen transparente en especial cuando estamos refiriéndonos a regulaciones que atañen a sectores que prestan servicios de infraestructura, en consonancia con las recomendaciones de la UNCTAD.

La necesidad de aplicar este tipo de coordinación entre agencias deviene de los intereses distintos del agente regulador y del agente de competencia. Una perspectiva conjunta permite que estén contempladas tanto las medidas para resolver otras fallas del mercado que el ente regulador atiende, como aquellas que persiguen un sistema lo más abierto posible a un régimen de competencia.

Por su parte, el primer párrafo del art. 77 está directamente asociado a lo que eran las atribuciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los incs. a), c) y d) del art. 20 de la 25.156, que ahora continuarán tanto para el Tribunal como en la Secretaría de Comercio. De modo tal que la Secretaría podrá emitir opiniones, recomendaciones pro-competitivas y elaborar anteproyectos normativos al respecto.

(10) "Guía práctica. Trámite de abogacía de la competencia" de la Superintendencia de Industria y Comercio del Gobierno de Colombia, 2017.

En el art. 75 de la ley se hace énfasis en un aspecto fundamental para garantizar el *enforcement* de la ley. En la publicación de Curiel Leidenz también se menciona la importancia de la formación en los órganos jurisdiccionales(11), en tanto que son los agentes que terminan interviniendo en la interpretación de la legislación. Atendiendo esto, la ley pone en cabeza de la Secretaría de Comercio y del Ministerio Público la organización de espacios de formación y deliberación en la aplicación de la nueva ley.

Cabe destacar que la actual 27.442 asienta definitivamente(12) la continuidad en el fuero civil y comercial como Cámara de revisión de las sentencias del Tribunal. A lo que le suma la creación de una Sala Especializada. Destacamos que la Sala Especializada traerá aparejado una continuidad en las resoluciones judiciales que contribuye a reducir los costos asociados a la incertidumbre y los incentivos a la judicialización. Estimamos que este cambio es sustancial como aporte a la aplicación de la ley.

Estos cambios necesitan de ser acompañados por la publicación de los lineamientos que el Tribunal utilizará al momento de resolver las cuestiones que ante él se presenten. Recientemente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha actualizado los lineamientos para el control de operaciones de concentración(13), este tipo de instrumentos son indispensables tanto para los privados como para la justicia al momento de resolver una revisión.

El art. 75 incorporó un mandato al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y a

(11) CURIEL LEIDENZ, Claudia, "Diseño de un modelo...", cit., ps. 37 y 38.

(12) Al decir "definitivamente" hacemos referencia a nuestra intrincada historia de fueros en defensa de la competencia: en la ley 22.262 la revisión recaía sobre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y en el interior las Cámaras Federales correspondientes. En la ley 25.156 era sobre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o las Cámaras Federales que correspondían en el interior, esto fue revisado quedando únicamente las Cámaras Federales. La reforma del 2014 otorgaba la revisión a la Cámara de Apelaciones en las Relaciones de Consumo que jamás fue creada.

(13) Res. 208/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación, "Lineamientos para el control de las operaciones de concentración" del 11/4/2018.

la Secretaría de Comercio a realizar un convenio de colaboración a los efectos de diseñar un plan de indicadores del comportamiento de los usuarios y de incidencia de la competencia. La formulación de indicadores es un modo de aliviar la carga de investigación de la agencia de competencia. En definitiva, podrá utilizar información específica de la materia sin tener que analizar información en crudo. De este modo, la información utilizada para realizar opiniones, recomendaciones pro-competitivas, resolver operaciones de concentración y la aplicación de sanciones, gozaría de la solidez estadística del INDEC. A nuestra consideración, una consecuencia tangencial de la aplicación de este convenio es el *enforcement* de la ley por la reducción de su litigiosidad.

Por su parte, el art. 78 de la ley apunta a la difusión de la importancia de la competencia para asegurar su penetración cultural. Los informes que se encarga realizar a la Secretaría de Comercio tienen especialmente por destinatarios a los representantes. Este es el motivo por el que se remiten al Congreso de la Nación. El convencer a los políticos de la importancia de las acciones de competencia es muy relevante si se quiere una continuidad en la implementación de programas de gobierno en este sentido. A riesgo de hacer una argumentación excesivamente política, la relevancia que le dieron a la reforma del proyecto el presidente de la Nación Mauricio Macri (14) en la apertura de sesiones del 2016, la diputada Elisa Carrió al presentar su expediente, y el diputado Mario Negri (15) presentando el suyo, sumado a otras voces de la oposición lograron que la ley fuera aprobada con 140 votos afirmativos de los 214 presentes (16) en la primera sesión de Diputados, con mayoría en la sesión de Senadores (17), y con

163 afirmativos de los 239 presentes en la votación definitiva (18).

Por otro lado, el informe respecto del estado de la competencia sería publicado en la página web de la Secretaría de Comercio con el objetivo de su difusión entre la ciudadanía, que en definitiva es la que decide a los políticos.

Para concluir el análisis de las agencias intervinientes en el fomento de la competencia, resta hacer mención al art. 86 de la ley. La creación del Defensor del Pueblo Adjunto de la Competencia y los Consumidores representa una forma de introducir un actor en el sistema del régimen de competencia. Remitiéndose a los fundamentos del proyecto de Carrió, se entiende que la acción del Defensor sería interceder “frente a conductas anticompetitivas como así también frente a decisiones administrativas que puedan generar perjuicios sobre el interés general económico” (19) dotando al sistema de una perspectiva extrapoder del fomento de la competencia y con *expertise*.

La diseminación de las agencias de competencia, entonces, viene a plantear una forma de realizar políticas de competencia de forma descentralizada. A pesar de ello, creemos que es preciso acompañar y propiciar desde el Estado la aplicación de mecanismos de autorregulación por parte de las empresas y grupos de empresas como son los manuales de buenas prácticas comerciales y los programas de *compliance*.

Una interesante oportunidad para modernizar nuestras normas mercantiles es aquella manda del legislador en las cláusulas transitorias de los arts. 87 a 91 de la ley, a realizar un anteproyecto de ley de fomento de la competencia minorista. El origen de aquellas cláusulas fue la existencia de regulaciones presentes en el pro-

(14) Discurso del presidente de la Nación en la Apertura de Sesiones Ordinarias ante el Congreso de la Nación el 1/3/2016.

(15) Expte. 2495-d-2018, de Defensa y Promoción de la Competencia presentado el 6/5/2016, reproduciendo el expte. 7288-d-2018 del diputado Martín Lousteau.

(16) Documento de votación en general en la Cámara de Diputados de la Nación del Orden del Día 2031 en el día 22/11/2017.

(17) Documento de Versión Taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación del Orden del Día 32/18 en el

día 18/4/2018. La votación fue a mano alzada por lo que no se registró la mayoría de forma nominal.

(18) Documento de votación en general en la Cámara de Diputados de la Nación del expte. 2479-d-2016 en el día 9/5/2018.

(19) Expte. 2479-d-2016, de Defensa y Fomento de la Competencia presentado el 6/5/2016 y que fue expediente de cabecera de la ley 27.442.

yecto de la diputada Carrió (20) y las presentadas por el bloque del Frente Renovador (21).

La manda en el art. 88 incluye elementos concretos a ser incorporados y que denotan el objetivo que tendría el anteproyecto para limitar prácticas comerciales desleales comunes en la relación entre supermercados y sus proveedores, especialmente cuando estos últimos tienen condiciones de debilidad o dependencia. Hay en la legislación comparada distintas normas a tener en cuenta, pero queremos destacar la norma del Reino de España (22), y las normas del Reino Unido (23), que a nuestro criterio han sabido adoptar instrumentos mixtos de regulación estatal y de autorregulación.

La legislación del Reino Unido tiene una amplia cobertura de prácticas comerciales desleales en un Código obligatorio que aplica a las 10 principales cadenas de supermercados (por su facturación) respecto del trato con sus proveedores directos. Se destaca de la ley la obligación de agregar el código a los contratos, el uso del arbitraje como medio para resolver controversias, y la designación de un responsable interno. Cabe mencionar que la legislación tiene como dificultad la incapacidad de alcanzar a los proveedores indirectos de los supermercados (24). Las prácticas comerciales desleales contempladas son la modificación unilateral del contrato, el retraso en los pagos a proveedores, transferir la carga por las mermas, generación de residuos y por el marketing, y la amenaza de *de-listing*. Tiene una autoridad competente específica, y además puede realizar guías de buenas prácticas.

(20) *Ibidem*.

(21) Expte. 2168-d-2017 de Precios de la canasta básica y reducción de las distorsiones de precios en la economía. Régimen para su estabilización, presentado el 2/5/2017.

(22) Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

(23) La *Groceries (supply chain practices) market investigation order* 2009 y el *Groceries code adjudicator act* 2013.

(24) "Informe sobre la aplicación de regulaciones de las prácticas comerciales en la cadena alimentaria en los países de la UE", de la Agencia de Información y Control Alimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de abril del 2016, ps. 74 a 86.

Por su parte, la ley del Reino de España tiene una cobertura de prácticas comerciales desleales que alcanza a todos en la cadena alimenticia, tanto proveedores directos como indirectos. Y obliga a instrumentar las operaciones relevantes cuando haya condición de desequilibrio. Las prácticas desleales que prohíbe son la modificación unilateral del contrato, la exigencia de pagos no previstos, el suministro de información comercial sensible, y la publicidad o gestión de marca confusa.

La ley habilita, por otro lado, a realizar el Código de buenas prácticas (25) que fuera publicado en 2015 como mecanismo de autorregulación, voluntario para los operadores en la cadena de alimentación tanto para inscribirse como para darse de baja. La mayoría de las incorporaciones del Código versan respecto de un trato igualitario entre los distintos proveedores, la no dilación en la negociación de los contratos anuales, el uso de métodos alternativos de resolución de controversias, y los plazos máximos de pago.

A nuestro entendimiento, la legislación española atiende las asimetrías en forma integral de toda la cadena y tiene una cobertura de prácticas comerciales desleales amplia. Por su parte, la habilitación de un Código voluntario es un complemento necesario que puede atender cuestiones más concretas sin exigir iguales condiciones a distribuidores minoristas con capacidades económicas diferentes. Podría adoptarse, también, un Código obligatorio para distribuidores minoristas con una facturación anual alta siguiendo la experiencia del Reino Unido. Estos modelos legislativos adoptados deberían ser una fuente a tener en cuenta para el anteproyecto de fomento de la competencia minorista.

Del mismo modo, hay otras políticas concretas que podrían incluirse. La aplicación de porcentajes máximos a ser pactados con proveedores respecto de la exhibición en góndola podría resultar efectiva. Otra opción es el incentivo a la participación de la economía so-

(25) "Código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria", resolución del 10/12/2015 de la Dirección General de la Industria Alimentaria del Reino de España.

cial, pequeñas empresas y regionales en codos u otras góndolas cercanas a las cajas registradoras. Estas propuestas deberían implementarse teniendo en cuenta la realidad de la competencia específicamente en el mercado local, atendiendo las diferentes superficies comerciales de los locales, y con porcentajes acordes a los resultados de los análisis de mercado que se realicen.

A modo de conclusión, la nueva Ley de Defensa de la Competencia asume el fomento de la competencia como una característica destacada. La diseminación de las agencias de competencia, la aplicación de modelos de intervención directos como es la opinión *ex ante* sobre los actos de entes regulares, y la capacidad de planificar programas ejecutivos para el desarrollo de las recomendaciones emitidas, son medidas tendientes a asegurar el *enforcement*. A este cambio se le suman las exigencias en transparencia y profesionalidad respecto de los miembros del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, la formación a los agentes de la justicia que deban intervenir en la materia, la creación de la Sala Especializada, y la generación de estadísticas específicas a partir del trabajo con el INDEC.

Nuestra visión respecto de las políticas de competencia es que necesitan ser acompañadas con un cambio institucional. Toda medida para robustecer el texto de la ley es bienvenido, pero ahora es tiempo de lo más difícil. Ahora es tiempo de modificar la concepción social sobre la importancia de tener mercados contestables, con políticas de desregulación burocrática donde sea necesario, y acompañadas con políticas de limitación de prácticas comerciales desleales.

Iniciamos este artículo citando a Douglass North porque creemos necesario entender que Argentina necesita desarrollar instituciones sólidas, donde el riesgo de asumir contratos sea mucho menor y la capacidad de desarrollarse en los mercados sea fluida. Los costos de transacción altos se constituyen en una barrera de entrada difícil de sortear y que tienden a garantizar un *status quo* especialmente incómodo para los emprendedores y las pequeñas empresas. Así, la economía se oxida empobreciendo su creatividad.

Los países que se cierran y cartelizan sus mercados en torno a las contrataciones del Estado, no explotan las ideas creativas, no innovan en sus técnicas y tecnologías, y en consecuencia compiten en el mercado global con desventaja. Si queremos un país que se desarrolle, entonces necesitamos emprendedores que asuman riesgos en mercados abiertos a nuevos competidores; y también necesitamos empresas grandes que crean en la búsqueda de crecimiento.

La voracidad de los *rent seeking* por los costos de caza le sacan valor a la comunidad. Los cárteles se instauran como actores en la esfera política y promueven leyes que aseguren la estabilidad de sus privilegios. Esta conducta ya era advertida por Alberdi, que estaba preocupado por las gestiones de quienes siempre restringen la libertad de industria. Su mayor temor era la derogación de lo esencial de la Constitución a través de la reglamentación de medidas de protección de mercados para que no compitan (26).

Existe una tensión en la Argentina al respecto. El contexto en que estamos escribiendo este artículo nos hace reflexionar sobre la relevancia del fomento de la competencia para quebrar con este tipo de conductas destructivas. Para ello, creemos que es indispensable que la política entienda que el costo lo pagamos todos, y es altísimo. Lo pagamos con la imposibilidad de desarrollo de las empresas y lo pagan los consumidores y usuarios todos los días en los mercados. La falta de competencia sale cara.

Estamos necesitando dar un salto cualitativo donde nadie se achique. Permitir que los emprendedores encuentren su lugar en el mercado y puedan crear valor. Y donde los grandes se animen a explotar la innovación para reafirmar su posición en el mercado.

Al momento de la sanción de la Constitución, Alberdi también se encontró frente a esta dificultad. Él entendió que existían situaciones que ponían en peligro el nuevo orden constitucional. Por un lado, las disposiciones normativas

(26) ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, 1854, Capítulo III de la Primera Parte.

de la colonia que aún estaban vigentes, muchas de ellas directamente asociadas con el monopolio del comercio con España. Por otro lado, la posibilidad de nuevas reglamentaciones de la ley que modifiquen el espíritu de lo escrito por los constituyentes. Aunque las anteriores son problemáticas, Alberdi llega a la conclusión que el mayor de los peligros para la vigencia de la nueva ley era la concepción cultural de la so-

ciudad (27). Es decir que era necesario (antes y ahora) cambiar las restricciones que nosotros mismos nos creamos al momento de interactuar social, económica y políticamente si queremos cambios duraderos. Nuestro gran desafío como generación no se limita a cambiar las leyes, sino a cambiar nuestra forma de ver las cosas.

(27) ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico...*, cit.

Desafíos de *compliance* frente a la nueva Ley de Defensa de la Competencia

SANTIAGO DEL RIO (*)

“El precio de la grandeza es la responsabilidad” (Winston Churchill)

I. Introducción

Las conductas sancionadas bajo las normas de defensa de la competencia presentan ciertas particularidades que demandan un programa de *compliance* diseñado en forma específica para ellas. En la gran mayoría de los casos, quienes llevan a cabo estas conductas no las consideran ilegales o prohibidas, sino tan solo como una manera de incrementar la participación de mercado de la empresa y, por ende, beneficiosas para la misma. Tal percepción requiere que un programa de *compliance* de defensa de la competencia detalle en forma exhaustiva los motivos por los cuales ciertas conductas no pueden llevarse a cabo o solo puedan realizarse bajo supervisión, destilando los principios rectores en la materia y aplicándolos a criterios prácticos, más allá de las particularidades legislativas y jurisprudenciales de cada legislación.

Estos programas tampoco pueden diseñarse en forma genérica, sin entender las particularidades de los mercados en los que opera la empresa. Toda conducta a ser analizada por las autoridades de defensa de la competencia será

estudiada tanto desde el punto de vista de los hechos, así como también desde su impacto en el mercado. Asimismo, las características de los mercados podrán generar una mayor propensión hacia determinados tipos de conducta (p. ej., aquellos en los que exista un solo operador dominante difícilmente sean proclives a una colusión), por lo que el programa de *compliance* de defensa de la competencia deberá hacer hincapié en dichas circunstancias.

Los programas de *compliance* de defensa de la competencia deben cumplir con dos cometidos: (i) en primer lugar, lograr la prevención de las conductas, buscando instruir a los empleados sobre los procedimientos adecuados bajo la normativa local y (ii) en segundo lugar, implementar mecanismos efectivos de mitigación y reparación del daño generado por la conducta anticompetitiva.

En ciertas jurisdicciones hay un cometido adicional: si se pudiese acreditar que la empresa ha sido diligente en su programa, pero ciertos empleados igualmente han llevado a cabo la conducta, entonces existirá la posibilidad de reducir las penas a ser aplicadas. Sin embargo, dicho resguardo no obsta a la posible responsabilidad de la empresa frente a demandas de daños y perjuicios por parte de terceros afectados, por lo que aun si se pudiese demostrar la existencia de un programa eficiente, las potenciales consecuencias para la empresa serían igualmente gravosas.

(*) Socio de Marval, O’Farrell & Mairal, especializado en temas de defensa de la competencia. Entre el 2010 y 2011 trabajó como *foreign associate* en las oficinas de Madrid y Bruselas de Uría Menéndez. Graduado de la Universidad del Salvador. Cuenta con un *Postgraduate Diploma on Economics for Competition Law* de King’s College (Londres). El autor agradece la colaboración de Pablo Ezequiel Cano en la preparación de este artículo.

En lo referente a su diseño, el programa deberá establecerse de manera tal de contemplar un entrenamiento para el personal y una efectiva revisión de su conocimiento de la materia. Dentro de estas instrucciones se deberá incluir una adecuada enseñanza acerca del peso que tienen las comunicaciones y los documentos internos de la empresa, a efectos de evitar malinterpretaciones que pudiesen derivar en investigaciones de autoridades de competencia.

Del mismo modo, se deberá entrenar al personal sobre la forma de lidiar con allanamientos o redadas sorpresa de las autoridades, de manera tal que salvaguarden los derechos de la empresa sin incurrir en posibles infracciones.

Como contrapeso de estos entrenamientos, se deberá instaurar un mecanismo de investigación interna que permita a la empresa realizar una detección temprana de posibles contingencias en la materia y un procedimiento de respuesta eficaz ante las mismas. Las autoridades de competencia contemplan, en ciertos casos, mecanismos que permitirían atenuar las sanciones a ser impuestas por incumplimiento, pero a efectos de poder hacer uso de ellas se necesitará rapidez y exhaustividad en las presentaciones.

A continuación, se analizarán estas variables, detallando los puntos principales con los que debería cumplir un programa de *compliance* de defensa de la competencia efectivo, tomando como punto de partida la experiencia internacional sobre la materia y la reciente sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (la “Ley de Defensa de la Competencia”).

II. Diseño de un programa de *compliance*

II.1. *Análisis de los mercados involucrados*

El diseño efectivo de todo sistema de *compliance* de defensa de la competencia debe, como primera medida, implicar un análisis de la normativa de fondo y de la posición de mercado de la empresa, atento a que eso influirá en el tipo de prácticas en las que deberá enfocarse el entrenamiento y seguimiento de acciones del personal.

Siguiendo la práctica internacional, pueden delimitarse dos tipos de conductas, a saber:

prácticas horizontales y prácticas verticales. En forma general, puede enunciarse que las prácticas horizontales son aquellas que pueden llevarse a cabo con otros competidores en el mismo mercado relevante, mientras que las prácticas verticales son realizadas hacia el consumidor o compañías que se encuentran aguas abajo en la producción o comercialización de productos o servicios.

Entender la posición de la empresa en los diferentes mercados relevantes resulta de suma relevancia, atento a que puede indicar la propensión que tendrá la empresa y su personal con respecto al tipo de acción (horizontal o vertical) que puede ser perpetrada.

Si bien los estándares varían por jurisdicción, como regla general puede observarse que las prácticas verticales pueden ser llevadas a cabo por empresas con posición dominante, es decir, con una importante participación de mercado o que no poseen competencia sustancial.

De esta manera, las empresas que detenten una posición dominante en un mercado tendrán mayor facilidad para llevar a cabo una conducta vertical y, asimismo, serán capaces de generar un perjuicio a sus competidores, operadores económicos aguas abajo o clientes. Si, por el contrario, una empresa cuenta con una participación menor o se encuentra frente a competencia sustancial que podría bloquear dicha acción, el riesgo de una práctica vertical será menor.

Por otro lado, en el caso de las conductas colusorias, se deberá tener bajo consideración el grado de concentración en el mercado, a saber, la cantidad de operadores económicos presentes en el mismo y sus participaciones de mercado. Los mercados concentrados son propensos a la colusión, mientras que los mercados atomizados difícilmente puedan ser objeto de una colusión, en tanto los participantes de un cártel no podrían monitorear el accionar de sus compañeros.

Con respecto a este tipo de conductas, también será importante detectar la existencia de puntos de conexión entre empresas que puedan facilitar acciones en conjunto, tales como licitaciones, reuniones en asociaciones/cáma-

ras empresariales, proyectos en común o proveedores (como ocurre en el caso de los llamados *hub and spoke cartels*(1)).

II.2. Determinación de los destinatarios

El programa de *compliance* de defensa de la competencia deberá enfocarse hacia los empleados de la empresa que detentan las siguientes características:

- Directores, gerentes y todo otro ejecutivo que tome decisiones en forma general sobre el accionar competitivo de la empresa;
- Equipos de marketing o comercialización que determinen políticas de precios, descuentos o promociones;
- Equipos de la empresa que interactúen con los puntos de venta (ejemplo, quienes lidien con supermercados u operen como líderes de categoría de góndola);
- Equipos a cargo de la negociación con proveedores;
- Equipos a cargo de la presentación en licitaciones públicas; y
- Empleados que interactúen con competidores en el marco de asociaciones empresariales o cámaras.

Esta lista no resulta taxativa y solamente pretende identificar a aquellos grupos de empleados de una empresa cuyas tareas impliquen una mayor exposición a la comisión de conductas anticompetitivas. En todo momento, el listado de sujetos deberá contemplar las características del mercado en donde se encuentre presente la compañía y deberá adaptarse en consecuencia.

II.3. Elementos de difusión del programa

La etapa preparatoria para el establecimiento de un sistema de *compliance* de defensa de la competencia efectiva implica la redacción de las políticas internas de la empresa, su difusión y posterior verificación de su comprensión por

(1) Tipo de conducta anticompetitiva por medio de la cual los competidores realizan acuerdos colusivos valiéndose del traspaso de información sensible a través de un tercero.

parte del personal. En tal sentido, el programa de *compliance* debería contemplar la existencia de:

II.3.1. Manual de políticas internas de la empresa

Este manual debería incluir la explicación general de las normas de defensa de la competencia aplicables en el país y la interpretación de la empresa sobre cómo sus empleados deberán llevar a cabo sus tareas.

Resulta de especial importancia que esta instrucción se realice teniendo bajo consideración la realidad de la empresa y el mercado en el que participa, a efectos de asegurar un entendimiento por parte de sus empleados.

Asimismo, se deberá hacer hincapié en las sanciones que podrían acarrear la empresa y a sus empleados en caso de verificación de una conducta anticompetitiva por parte de la autoridad pertinente.

II.3.2. Sesiones de instrucción

Junto con la entrega del manual de políticas internas de la empresa se deberá llevar a cabo una instrucción presencial de las normas, llevada a cabo por personal de la empresa junto con los profesionales pertinentes, a efectos de explicar los puntos esenciales de las normas de defensa de la competencia y proveer ejemplos prácticos correspondientes a su actividad del día a día. Adicionalmente, deberán explicarse en forma clara los métodos de información con los que cuentan los empleados para reportar cualquier tipo de conducta o situación sospechosa, con especial foco en la importancia de la rapidez del reporte en la mitigación de las posibles consecuencias perjudiciales.

La presencia de un profesional externo tiene dos principales motivaciones. En primer lugar, permite dar soporte al personal de la empresa en su presentación, pudiendo responder preguntas concretas de los empleados con ejemplos prácticos de industrias similares y aportando referencias a casos analizados por la autoridad pertinente. Asimismo, en segundo lugar, también le otorga mayor entidad al entrenamiento, lo cual podría permitir a la empresa demostrar, ante un requerimiento de la autoridad de la aplicación, que se han llevado

a cabo entrenamientos adecuados para instruir al personal sobre las normas de competencia aplicables.

Resulta recomendable que al finalizar estos entrenamientos todos los empleados y demás participantes (como por ejemplo el instructor por parte de la empresa y los profesionales externos) firmen un acta por medio de la cual se refleje la realización de la sesión, así como también la entrega del material instructivo pertinente.

II.3.3. Verificación

Una vez distribuidas las políticas internas y luego de un tiempo prudencial de la instrucción, se recomienda que la empresa lleve a cabo un método de revisión del nivel de comprensión de los temas instruidos. Esto puede ser implementado, por ejemplo, a través de un examen presencial u online mediante la enumeración de casos prácticos.

En aquellos casos en los cuales la empresa verifique que el sujeto no ha podido comprender de forma acabada las normas de competencia y su rol en el cumplimiento de las mismas, debería llevarse a cabo una sesión particular de instrucción, a efectos de poder documentar que se han tomado todos los recaudos para la prevención del acaecimiento de conductas anticompetitivas.

II.4. Métodos de monitoreo

En forma complementaria a la difusión de las políticas elaboradas por la empresa, se deberá diseñar un sistema de monitoreo que permita a la empresa una detección rápida y efectiva de la realización de una conducta anticompetitiva. Caso contrario, se trataría de un programa sin una implementación efectiva, es decir, de una mera instrucción sin aplicación práctica.

Los principales métodos de monitoreo del cumplimiento de las políticas pueden agruparse de la siguiente manera:

II.4.1. Información generada por empleados

Los empleados pueden constituir la principal fuente de información con respecto a posibles actos anticompetitivos. Para que esto sea posi-

ble, los mismos deberán contar con una debida instrucción que les permita detectar —aun en forma preliminar— si se está frente a una conducta anticompetitiva. Esto también permitirá eliminar aquellas denuncias que pudiesen ser formuladas con base en conocimientos erróneos o preconceptos equivocados.

La empresa deberá instaurar un sistema efectivo de protección de la identidad del empleado que quiera aportar información sobre posibles actos a ser analizados, atento a que una exposición pública o prematura de la identidad del colaborador podría eliminar un incentivo para la realización de este tipo de contacto. Existe una serie de métodos que pueden ser implementados para esta función, tales como la utilización de llamadas confidenciales a un número telefónico especial o la existencia de casillas de correo electrónico para reportes.

En todo momento la empresa deberá incentivar este tipo de contacto por parte de sus empleados, reflejándose mediante la falta de castigo hacia empleados que lleven a cabo su deber de reporte, salvo en casos excepcionales (p. ej., denunciadas motivadas por dolo).

Ante un eventual contacto, se deberá llevar a cabo una entrevista entre el empleado y un funcionario designado de la empresa o un profesional externo que permita delimitar el alcance de la supuesta conducta. Si el empleado quisiera mantener su identidad reservada, se deberá comunicar en las políticas de *compliance* de defensa de la competencia de la empresa que las denuncias deberán contener todos los elementos necesarios para su prosecución, atento a que caso contrario no se podrá avanzar con las mismas.

Como resultado de esa entrevista, la empresa deberá llevar a cabo un análisis de la conducta y determinar si la misma amerita una investigación. Sin importar el resultado de dicho análisis, se deberá preparar un reporte determinando los pasos a seguir y los elementos que sustentan dicha situación.

II.4.2. Información generada por terceros

Existen circunstancias en donde terceros, relacionados de algún modo con la empresa, aportan información o presentan reclamos que

pudiesen traslucir la existencia de una conducta anticompetitiva.

Si bien podría considerarse que en algunos casos se trata de terceros interesados en perjudicar a la empresa, estos reclamos deberán ser analizados para poder reaccionar de manera efectiva y en debido tiempo ante aquellas ocasiones en donde efectivamente exista un accionar anticompetitivo. Si un reclamo sobre una cuestión verificada no fuera tratado de esta manera, podría considerarse un agravante si fuera analizado por la agencia competente.

Los terceros que podrían otorgar información son, entre otros, los siguientes:

- Competidores
- Clientes
- Puntos de venta
- Asociaciones comerciales
- Publicaciones periódicas

Ante dichos contactos, deberá analizarse la cuestión planteada y determinar, al igual que en el caso anterior, si la misma amerita una investigación por parte de la empresa, debiéndose emitir un informe con los resultados de dicho análisis y los pasos a ser tomados.

II.4.3. Auditorías internas

Sin perjuicio del aporte de información por parte de empleados o terceros, resulta recomendable que la empresa designe a un equipo interno para realizar verificaciones periódicas con respecto al nivel de aplicación de las políticas de *compliance* de defensa de la competencia.

Estas tareas son llevadas a cabo, por lo general, por los equipos legales internos de la empresa, quienes pueden conducir inspecciones internas aleatorias o la revisión de ciertos casos para determinar que no se esté llevando a cabo ninguna conducta que amerite mayor examen.

Todos los resultados de estas auditorías internas deberán ser debidamente registrados por los empleados a cargo, junto con las decisiones tomadas. Estos informes deberán ser archiva-

dos a efectos de presentarlos ante un requerimiento de la autoridad competente.

II.4.4. Auditorías externas

Un proceso que puede acarrear importantes resultados para las empresas es la realización de auditorías externas por parte de profesionales que indaguen sobre las actividades de la misma, con especial foco en las áreas en las cuales podrían llegar a existir incentivos para llevar a cabo una conducta anticompetitiva.

Estas auditorías pueden llevarse a cabo mediante diferentes modalidades. Una de ellas puede resultar particularmente efectiva: la realización de *mock dawn raids*, es decir, allanamientos falsos, en donde los profesionales llevan a cabo todas las tareas que conduciría la autoridad de aplicación en dicha circunstancia. Este tipo de revisiones ha generado importantes resultados en varias ocasiones y le ha permitido a las empresas constatar “en vivo y en directo” si sus políticas de competencia han sido efectivas.

Asimismo, estos ejercicios permiten chequear si el personal se encuentra debidamente capacitado para reaccionar ante allanamientos, activando los procedimientos internos de respuesta sin llevar a cabo acciones que pudiesen considerarse como obstrucciones a la justicia u ocultamiento de información (ejemplo, destrucción de documentos).

A efectos de poder conducir este tipo de revisiones, las empresas deberán constatar que se cumplan los requisitos hacia sus empleados —detallados más adelante— durante las investigaciones, para evitar posibles nulidades que surjan de la misma.

Una vez conducido el falso allanamiento, los profesionales deberán emitir un informe analizando el estado de cumplimiento de la empresa, los elementos analizados, el tipo de reacción de los empleados ante este tipo de investigación y las recomendaciones prácticas que surjan de los resultados de la pesquisa.

II.4.5. Aplicaciones de clemencia

Los sistemas de clemencia, analizados con mayor detenimiento más adelante, implican métodos de inmunidad total o parcial conce-

didada por los organismos a cargo de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, como contraprestación al otorgamiento de información que permita asegurar la condena de un cártel o conducta colusoria similar.

En virtud de las características de estos procesos, resultará de suma importancia que la empresa se mantenga al tanto —con base en fuentes públicas— sobre competidores, en los mercados en los que opera o que se encuentran conectados, que hayan presentado este tipo de solicitudes, sea en la Argentina o en el exterior. Este tipo de información puede no encontrarse disponible a nivel público atento a que las autoridades buscan velar por el máximo secretismo en este tipo de situaciones, por lo que las empresas deberán procurar obtener esta información lo más rápido posible, mediante una revisión y seguimiento periódico de los acontecimientos en sus mercados.

Si se obtuviese información sobre un competidor que se ha presentado en algún procedimiento de este tipo, se deberá iniciar una investigación interna de forma inmediata a efectos de verificar que la empresa no se encuentra inmersa en el mismo tipo de conducta, preparando un informe que avale la revisión efectuada. La rapidez de la verificación será esencial, debido a que en estos procesos de clemencia quienes no lleguen a tiempo con su aporte de información no podrán acceder a los beneficios instaurados por estos tipos de sistemas.

En base lo expuesto, pueden observarse los siguientes rasgos comunes de respuesta ante todo tipo de origen de la información de monitoreo:

- La respuesta debe ser rápida;
- Se debe elaborar un informe analizando la situación;
- Se deben aportar los elementos preliminares que sustenten la decisión de continuar con la investigación o no; y
- Se deben detallar los próximos pasos a seguir.

II.6. Procesos de investigación

Cuando se determine que es factible la posibilidad de que exista —o haya existido— una

posible conducta anticompetitiva, deberá llevarse a cabo una investigación eficiente, confiable y documentada, indicando las posibles medidas disciplinarias a ser tomadas. Estas investigaciones generalmente implicarán los siguientes actos:

- Revisión de documentación interna y confidencial de la empresa;
- Revisión de comunicaciones con competidores;
- Revisión de actas correspondientes a asociaciones o cámaras empresariales;
- Revisión de e-mails y comunicaciones internas de los empleados;
- Análisis de contenidos digitales e impresos en el puesto de trabajo de los empleados;
- Realización de entrevistas con empleados; y
- Entrevistas con puntos de venta, proveedores u otros terceros que podrían aportar información necesaria para la determinación de la conducta.

La realización de estas actividades presenta una serie de cuestiones a ser determinadas por la empresa.

En primer lugar, corresponde determinar quién llevará a cabo este proceso. Si bien pueden existir diversos tipos de investigaciones internas, resulta recomendable que el mismo sea llevado a cabo por profesionales externos, que puedan conducir sus tareas con una mayor presunción de independencia que si las mismas fueran conducidas por personal de la empresa. A efectos de poder conducir estas tareas, las empresas deberán proveer a estos profesionales acceso completo a la información solicitada, atento a que el informe a ser emitido se encontrará limitado al nivel de acceso que se les permita.

Asimismo, también deberá determinarse un plazo prudencial para la conducción de la investigación. Un proceso largo y burocrático podría ser considerado por la autoridad competente como una indicación de negligencia y falta de implementación de la política de *com-*

pliance de defensa de la competencia o un intento de evitar la sanción de las posibles conductas anticompetitivas.

Como elemento adicional a los plazos, también deberá tenerse en cuenta el momento en el cual se deberá informar a los sujetos bajo análisis que se encuentran siendo investigados. No existe una uniformidad de criterios al respecto y se deberá velar que dicho individuo no lleve a cabo una destrucción de evidencia o encubrimiento sobre la conducta. Sin perjuicio de ello, se deberá verificar que la normativa local no establezca una regla procesal o de otra índole que imponga la obligación de informar, bajo pena de nulidad o sanción similar.

Este último tema tiene aun mayor relevancia al momento de conducir entrevistas, atento a que una declaración de los empleados que pudiese devenir en un perjuicio hacia los mismos (sea un daño pecuniario o penal) podría implicar un testimonio en su contra y ser considerado como inválido. De esta manera, se deberá diseñar un sistema mediante el cual se verifique que —en caso de que la entrevista arroje información sobre una conducta anticompetitiva— la declaración pueda ser utilizada efectivamente, sin riesgo de invalidarla por falta de advertencia.

La realización de las entrevistas deberá incluir los siguientes elementos (nótese que los mismos deberían ser seleccionados en virtud del tipo de conducta a ser analizada):

- La posición del empleado en la empresa;
- El análisis de los mercados en los que opera la empresa;
- Su rol en la determinación de políticas de precios, descuentos, promociones o similares indicadores competitivos;
- El grado de interacción con competidores;
- El nivel de conocimiento sobre la estrategia comercial de sus competidores;
- Las fuentes de dicha información;
- Su explicación con respecto a los objetivos buscados mediante el acto bajo revisión;

- Los antecedentes que motivaron la realización del acto;
- La realización de una cronología detallada que demuestre el inicio del acto y su finalización, en caso de haber acaecido;
- Su poder de decisión dentro de la empresa (ejemplo: si se trata de un técnico sin decisión o de un ejecutivo);
- Si existen otras personas dentro de la organización que han participado de los hechos bajo análisis;
- Si existen documentos u información bajo otro tipo de soportes que avalen los actos bajo análisis; y
- El nivel de conocimiento de las reglas de defensa de la competencia.

Este interrogatorio deberá ser debidamente documentado. En caso de ser posible bajo la normativa local, se recomienda la utilización de instrumentos de grabación y su posterior certificación por parte de un escribano público. Asimismo, se deberá librar un acta con los contenidos de la entrevista y la misma deberá ser firmada por el empleado, en caso de aceptarlo.

Estas entrevistas deberán ser llevadas a cabo de forma tal que se evite advertir en forma prematura a otros posibles testigos, por lo que la empresa podría contemplar la posibilidad de conducir las en otros sitios diferentes al lugar de trabajo (como, p. ej., estudios jurídicos externos) o en forma simultánea, con la intención de evitar que los testigos coordinen sus declaraciones.

Un punto importante a ser determinado será el correspondiente a la confidencialidad de los datos a ser accedidos por los investigadores, en especial en lo que atañe a las comunicaciones de los empleados. Existen diversas interpretaciones con respecto a este tema dependiendo de la jurisdicción en cuestión, por lo que la empresa deberá velar que no se viole el derecho a la intimidad o algún tipo de garantía laboral en el marco de estas investigaciones, atento a que dicha situación podría invalidar la actuación sobre los resultados que se obtengan.

Finalmente, se deberán implementar medidas para evitar que exista el riesgo de destrucción de documentación por parte de empleados. Estas medidas deberían incluir el *backup* periódico de archivos, la implementación de sistemas que permitan el recupero de archivos borrados recientemente y la implementación de copias en los informes comerciales o competitivos de manera tal que exista una redundancia en caso de destrucción por parte de las partes involucradas.

El resultado de la investigación deberá volcarse en un informe a ser elevado a la dirección de legales u otra división de la empresa debidamente designada para estas tareas. Dicho informe deberá contar con:

- Una descripción del origen de la denuncia o investigación;
- Los pasos llevados a cabo en la investigación, detallando todos los actos realizados;
- La preparación de una cronología de los actos bajo revisión;
- El análisis de los mismos y los elementos recabados que avalen dicho estudio; y
- La recomendación de las medidas a ser llevadas a cabo.

Conforme fuera advertido previamente, deberá diseñarse un sistema de investigación que no genere nulidades posteriores que puedan conllevar la imposibilidad de accionar sobre las mismas. Este mecanismo de investigación deberá ser analizado por los profesionales locales pertinentes para asegurar la integridad procesal del mismo.

En caso de detección de una conducta anti-competitiva, y sin perjuicio de las posibles sanciones que puedan ser impuestas, la empresa deberá determinar el tipo de acción que tomará al respecto. Se deberán verificar los siguientes extremos:

- Implementar las acciones necesarias para cesar la conducta en caso de que se trate de una acción en curso;
- Determinar si existen plazos de prescripción o caducidad aplicables;

- Analizar las posibles sanciones que podrían imponerse a la empresa e individuos relacionados;
- Realizar un estudio de posibles terceros perjudicados que podrían iniciar acciones de daños;
- Analizar la posibilidad de aplicar a un programa de clemencia o de acuerdo con la autoridad; y
- Ordenar la realización de una reforma del sistema de *compliance* de defensa de la competencia que permita atacar en forma específica la conducta llevada a cabo.

II.7. Sanciones

La pieza final de un programa de *compliance* de defensa de la competencia incluye el establecimiento de un sistema de sanciones en caso del acaecimiento de una conducta anti-competitiva. Si los empleados no se encuentran expuestos a algún tipo de sanción por su intervención en este tipo de actos, el programa no tendría ningún tipo de ejecutoriedad, lo cual lo convertiría en una mera recomendación sin implementación efectiva. Las autoridades, incluyendo las agencias de defensa de la competencia, esperan que las compañías demuestren seriedad en cuanto al cumplimiento y al diseño de programas de *compliance*, incluyendo la implementación de acciones disciplinarias apropiadas.

Este tipo de sanciones puede implicar la imposición de amonestaciones, suspensiones o despidos. En todos estos casos, la determinación de las sanciones deberá ser analizada junto con los correspondientes abogados laborales de la jurisdicción, atento a que se deberá evitar una contingencia para la empresa en caso de considerar despidos sin justa causa o sin haberse documentado apropiadamente las razones del mismo.

A efectos de determinar el tipo de sanción a ser impuesta, los siguientes elementos deberán ser tenidos en cuenta:

- El grado de cooperación del empleado con la investigación interna;

- La conducta del empleado ante las posibles pruebas de su accionar;
- El grado de injerencia del empleado (es decir, si tomó la decisión o solamente la implementó);
- Si el empleado fomentó la conducta con sus pares;
- El nivel de entrenamiento sobre temas de defensa de la competencia que ha recibido; y
- Si el empleado solicitó consejo legal antes de llevar a cabo la acción.

Finalmente, existe la posibilidad de que la empresa inicie acciones legales de daños y perjuicios por las consecuencias pecuniarias y de otra índole que el accionar del empleado le hubiese ocasionado. Este tipo de circunstancia debe encontrarse debidamente documentada en las políticas de competencia de la empresa como factor disuasivo para la comisión de actos anticompetitivos.

III. Prácticas unilaterales

III.1. Introducción

Las prácticas verticales se encuentran asociadas a la noción de posición dominante o poder de mercado. En ciertas legislaciones, se han tarifado las participaciones de mercado que son consideradas como “dominantes”, mientras que en otras se ha mantenido un criterio más abierto y a ser determinado con base en las características del mercado.

Más allá de dichas diferencias, existen ciertos elementos comunes que pueden utilizarse para poder determinar en forma preliminar la posición en el mercado de la empresa, a saber:

- El grado de concentración en el mercado;
- Participaciones de mercado detentadas por competidores;
- El grado en el que exista sustitución del producto o servicio;
- Barreras de entrada para nuevos participantes o de expansión para aquellos que ya se encuentren presentes;

- Inversión y tiempo que demandaría una sustitución;
- Posibles productos a ser lanzados al mercado que impliquen sustitución;
- Las posibles restricciones legales a la entrada de nuevos productos u oferente;
- El grado de influencia en la formación de precios de la empresa;
- Las posibilidades de los competidores de contrarrestar o aprovechar dicho aumento de precio por parte de la dominante; y
- El tipo de demanda a la que se enfrenta la empresa (la existencia de un poder concentrado de compra podría debilitar una posición dominante).

Sin perjuicio de ello, nótese que las autoridades de defensa de la competencia podrían generar definiciones de mercado diferentes a las analizadas por la empresa, por lo que siempre se deberá velar por evitar cualquier tipo de situación de las analizadas a continuación.

III.2. Principales conductas unilaterales

Los principales sujetos que se encuentran expuestos a este tipo de conductas son aquellos miembros del personal que participan en la determinación de precios, diseño de políticas de promociones o descuentos y de interacción con los puntos de venta.

Por lo general, las siguientes prácticas pueden ser consideradas como violatorias a la normativa de defensa de la competencia:

III.2.1. Precios predatorios

Esta conducta consiste en la imposición de precios por debajo de ciertos costos, con la intención de desplazar a la competencia del mercado.

Existen diferencias a lo largo de las jurisdicciones con respecto a los parámetros necesarios para la configuración de la conducta, principalmente con respecto a: (i) el tipo de costo a ser utilizado como medida para determinar la existencia de una conducta predatoria o no y (ii) si

resulta relevante para la autoridad que exista la posibilidad de recuperar la ganancia perdida por la venta bajo costo, una vez que se elimine a la competencia del mercado (conocido como la teoría del recuperero o *recoupment theory*).

Debe tenerse bajo consideración que la venta por debajo del costo no necesariamente puede implicar la determinación de un precio predatorio, como por ejemplo en el caso de promociones comerciales limitadas en el tiempo que busquen generar conocimiento de un producto o motivos publicitarios similares.

De esta manera, la política de *compliance* de defensa de la competencia deberá establecer que —en caso de existir la posibilidad de llevar a cabo una venta por debajo de ciertos costos— se realice una verificación con los asesores legales para confirmar que no exista una contingencia o interpretación por parte de la autoridad a cargo de la comisión de una discriminación de precios.

III.2.2. Discriminación de precios

Por medio de esta conducta, se establecen precios (aunque podrían ser otras condiciones comerciales que eventualmente impliquen una afectación al precio, como por ejemplo financiación) diferenciales con base en la existencia o no de una posición dominante de la empresa. De esta manera, en aquellas zonas en donde la empresa sea dominante se impondría un precio más alto que aquella en las que se encontraría forzada a competir, perjudicando a los consumidores de la primera zona en virtud de su dominio.

Nótese que esto no implica que los precios de la empresa deban necesariamente ser los mismos en todas las zonas en las que se encuentra presente, sino que, si existen precios diferenciales, estos deberán estar fundamentados en razones objetivas (como, p. ej., costo del traslado o características objetivas que justifiquen la diferencia).

A efectos de evitar este tipo de conductas, la política de *compliance* de defensa de la competencia deberá establecer criterios para la determinación de precios por zona y la transparencia interna de dicho proceso, a efectos de poder verificar que no se produzcan este tipo de conductas.

II.2.3. Fijación de precios de reventa

Se trata de la imposición de precios o condiciones similares a revendedores o distribuidores aguas abajo en la cadena de comercialización. Existen tres tipos de posibles escenarios, a saber: (i) la fijación de precios máximos, (ii) la fijación de precios mínimos y (iii) la recomendación de precios.

En lo referente a la fijación de precios máximos, existe un mayor consenso para su aceptación, en virtud que implica un beneficio para los consumidores.

Por su parte, la fijación de precios mínimos se encuentra discutida entre jurisdicciones, considerando que podrían ser considerados como perjudiciales a los consumidores, atento a que se le estaría quitando al revendedor o distribuidor la posibilidad de ofrecer precios más competitivos. Sin embargo, se ha considerado en ciertas jurisdicciones (como Estados Unidos, en el caso “Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.” (2)) que existen ciertos factores pro-competitivos que otorgarían legalidad a este tipo de conductas, como por ejemplo, el hecho de que forzaría a los revendedores a una mayor competencia intra-marca con base en factores ajenos al precio, como mayores servicios añadidos u otro tipo de valor adicional al producto o servicio.

Por último, la recomendación de precios ha sido generalmente aceptada, siempre y cuando se trate de efectivamente una recomendación y no una imposición por parte de la empresa aguas arriba (a saber, no se imponen retaliaciones o castigos ante la falta de cumplimiento).

Al momento de diseñar la política de *compliance* de defensa de la competencia, se deberán verificar los estándares nacionales de este tipo de conductas y establecer las guías para la interacción con los revendedores, distribuidores o demás intervinientes en la cadena de comercialización aguas abajo. Asimismo, se deberá establecer un mecanismo de monitoreo con respecto a este tipo de interacción aguas abajo, a efectos de verificar que no se estén

(2) Decisión del 28/6/2007 disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>.

imponiendo castigos o sanciones por falta de obediencia a la política de precios que pueda ser considerada como un abuso de posición dominante.

III.2.4. Ventas atadas

Este tipo de conducta implica la comercialización conjunta de productos, obligando a quien quiera obtener un producto o servicio que resulte dominante o necesario (*must-stock products*) de la empresa dominante a comprar otro producto o servicio por el cual pueda no tener interés, a efectos de incrementar su participación de mercado con respecto a ese segundo mercado.

Una variación de este tipo de conducta consiste en el *bundling*, mediante el cual se busca un resultado similar al utilizar un régimen de descuentos que implican una venta atada encubierta. Esto no implica una prohibición de ventas en formato de paquete o conjunta o que se puedan incorporar productos gratuitos adicionales en forma temporal para una promoción comercial o de marketing.

A efectos de evitar cuestionamientos por parte de las autoridades, la política de *compliance* de defensa de la competencia de la empresa deberá establecer los lineamientos para la comercialización de productos, evitando que se ate la venta de productos o servicios dominantes a otros de la empresa. De esta manera, si un consumidor quisiera adquirir solo el producto dominante, debería poder hacerlo sin limitación alguna.

III.2.5. Negativa de venta

Esta conducta generalmente tiene lugar cuando, a efectos de evitar la entrada de un competidor a un mercado o para castigar alguna conducta que desafíe la posición dominante de una empresa, la compañía niega la venta de un insumo a un competidor, actual o potencial.

Nótese que esta conducta no se configura en caso de existir problemas crediticios (o de similar índole objetiva) de la empresa contratante. De esta manera, una rescisión de una relación contractual o comercial debido a la falta de pago o incumplimiento no genera una contingencia en este sentido, siempre que pueda ser justificada de manera objetiva.

Existen variaciones de esta conducta, como por ejemplo, (i) la negativa de acceso a facilidades esenciales, en donde se impide a un competidor tener acceso a un producto, insumo o servicio que necesita para llevar a cabo su actividad en competencia con el dominante contra la empresa aguas abajo; o (ii) el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*), mediante el cual la empresa le da acceso a su competidor aguas abajo a su producto, insumo o servicio, pero imponiendo un precio que no le permitirá a dicha empresa competir en forma eficiente aguas abajo.

El programa de *compliance* de defensa de la competencia deberá delimitar que, ante la negativa de venta, debería existir un registro interno que documente las razones objetivas que generaron dicha decisión. Asimismo, en caso de interacción con competidores aguas abajo, se deberá velar por las condiciones de contratación a efectos de evitar cuestionamientos de exclusión de mercado mediante un abuso de posición dominante en el mercado aguas arriba.

IV. Prácticas colusorias

IV.1. Introducción

Este tipo de prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción y distribución, por medio de las cuales se evita competir con respecto a ciertas variables, y tienen por objetivo obtener una mayor ganancia que la que obtendrían ante un escenario de competencia efectiva. Este tipo de conductas son llevadas a cabo en forma secreta, por lo que su detección conlleva grandes problemas.

Estos inconvenientes han sido sorteados en cierto grado por las autoridades de competencia, que han instaurado programas de clemencia que buscan otorgar un grado de inmunidad a quienes informen sobre participantes de acuerdos colusorios. De esta manera, se busca que los integrantes de un cártel denuncien a sus compañeros a cambio de dicha inmunidad.

Sin embargo, en el caso de las empresas que desean llevar a cabo sus propias investigaciones, no existe tal recurso, atento a que los empleados que realicen estos actos buscarán encubrirlos. Esto implica un desafío para las

empresas, que deberán realizar una revisión interna continua a efectos de prevenir posibles conductas colusorias.

Este tipo de análisis implicará, como primera medida, determinar si se trata de un mercado que presenta características propias de la colusión. Los principales signos de este tipo de conducta son los siguientes:

- Participaciones de mercado estáticas a lo largo del tiempo;
- Falta de nuevos entrantes;
- Inexistencia de empresas *maverick* (es decir, aquellas participantes del mercado que compiten en forma agresiva mediante descuentos o promociones);
- Aumentos de precios simultáneos y/o sin importantes variaciones entre competidores;
- Falta de innovación; y
- Recomendaciones sectoriales que impliquen barreras de entrada a nuevos participantes.

Asimismo, se deberán tener en cuenta ciertos factores cuya presencia o ausencia podrían propiciar una conducta colusoria, a saber:

IV.1.1. Barreras de entrada

Los acuerdos colusorios necesitan de barreras de entradas presentes en el mercado a efectos de evitar que otros participantes —que no participan de la colusión— aprovechen los precios altos o condiciones desfavorables de los miembros del acuerdo para ofrecer mejores precios o condiciones y, de esta manera, ganar participación de mercado. De otra manera, en caso de existir bajas barreras de entrada, la colusión incitaría a la intromisión de nuevos competidores, lo cual sería contraproducente para el acuerdo.

IV.1.2. Homogeneidad de productos

La homogeneidad de productos puede facilitar la existencia de una colusión puesto que permite una verificación más inmediata del acuerdo colusorio. En el caso de productos diferenciados, existiría una cierta inestabilidad

de control que atentaría contra la colusión, sin perjuicio de haberse verificado casos en donde, de todas maneras, este tipo de conducta tuvo lugar sobre productos diferenciados.

IV.1.3. Transparencia

Las características de un acuerdo colusorio conllevan implícitamente que, si un participante se alejara del acuerdo, y ofreciese sus productos o servicios por precios menores o mejores condiciones, obtendría un beneficio aun mayor que el resultante de la colusión. A tales efectos, los acuerdos colusorios demandan que exista una transparencia en el mercado en tal sentido, a efectos de castigar a aquellas empresas que se desvíen del acuerdo.

Nótese que estos factores no implican necesariamente que el mercado presente una colusión, pero si uno o más de estos elementos son detectados, será recomendable que se preste atención a la comisión de este tipo de conductas.

IV.2. Principales conductas colusorias

Más allá de realizar una enumeración no taxativa de las distintas prácticas que resultan restrictivas de la competencia, la nueva Ley de Defensa de la Competencia, en vigor desde el 24 de mayo de 2018, presume con el fin de fomentar la persecución de cárteles que existen ciertos comportamientos que son absolutamente restrictivos de la competencia (conductas anti-competitivas *per se*).

Dichas conductas, que serán nulas de pleno derecho y no generarán efecto alguno, se encuentran listadas bajo el nuevo art. 2º de la Ley de Defensa de la Competencia e incluyen:

- Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios;
- Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o

segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; o

- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

Esta colusión puede darse, tanto en desmedro de los consumidores (p. ej., una división de mercado a efectos de evitar competir por los clientes), como también en perjuicio de otros competidores (actuales o potenciales) no participantes en la conducta anticompetitiva, buscando su expulsión o imposibilitando su entrada. Asimismo, resulta importante destacar que estos tipos de acuerdos pueden ser concertados bajo cualquier tipo de forma, a saber, pueden ser orales o escritos, formales o informales.

Dada la inclusión de estas conductas anticompetitivas *per se*, el programa de *compliance* de defensa de la competencia deberá permitir identificar la perpetración de estas conductas rápidamente, a los fines de prevenir y/o cesar la conducta sospechosa, eliminar cualquier tipo de riesgo y evitar que se continúe acumulando prueba en contra.

A su vez, a partir de la implementación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, existe el aliciente adicional para identificar rápidamente estas conductas anticompetitivas de acudir a la autoridad con una solicitud de clemencia. En tanto el orden de prelación de las solicitudes determina el orden y el grado de beneficio que se obtendrá es que resulta indispensable reconocer dichas conductas tan pronto como sea posible.

Asimismo, el intercambio de información sensible desde el punto de vista competitivo (como, p. ej., precios futuros, márgenes o estructuras de costos) que permita llevar a cabo dichas conductas debe ser evitado. El programa de *compliance* de defensa de la competencia deberá establecer la regulación con respecto a la interacción con competidores, delimitando los temas que puedan tratarse con ellos y aquellas situaciones que deben evitarse. Toda interacción con competidores debe encontrarse fundamentada en forma objetiva y no debe versar sobre ninguna de las circunstancias mencionadas anteriormente.

En particular, se deberían incluir las siguientes restricciones:

- Nunca se podrá acordar precios con competidores, incluyendo cualquiera de los elementos componentes del mismo, tales como márgenes, fórmulas de costos, descuentos, condiciones de pagos, intereses, tiempos de pago o elementos similares;
- No se podrá compartir información competitivamente sensible, conforme los criterios analizados;
- Nunca se podrá dividir o asignar proveedores, clientes, mercados o territorios con competidores;
- No se podrá celebrar contratos con competidores que limiten el acceso a la contratación de empleados de la empresa;
- No se podrá acordar con competidores la limitación de producción, capacidades, compras de insumos, ventas o compras, ni acordar la negativa de lanzamientos de innovaciones o nuevos productos; y
- Todas las ofertas en licitaciones o concursos deberán realizarse en forma individual, y nunca podrán coordinarse montos de las ofertas o volúmenes a ser ofrecidos.

IV.3. Interacción con competidores en cámaras empresariales

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) ha reconocido en su investigación del mercado de la lechería que resulta lógico que por su propia naturaleza las Asociaciones y Cámaras Empresariales estén expuestas a realizar conductas anticompetitivas, ya que su actuación podría facilitar la cooperación entre competidores y, así, la restricción de la competencia en un determinado mercado(3). Es por ello que, en el caso de interacción a nivel de cámaras empresariales, siempre se deberá velar por el debido cumplimiento de las reglas de *compliance* y de *defensa de la competencia*.

(3) Res. RESFC-2017-77-APN-CNDC#MP emitida por la CNDC el día 24/10/2017 disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/im_lacteos.pdf.

En la mencionada investigación de mercado, la CNDC formuló unos “Lineamientos para las mejoras prácticas en defensa de la competencia en la actividad de las Cámaras y Asociaciones empresarias” y determinó que no cualquier comunicación o intercambio de información resulta compatible con la Ley de Defensa de la Competencia y que debe tenerse en cuenta su potencial colusivo. La CNDC entendió que existen intercambios con potencial colusivo alto (comunicación sobre planes futuros, intercambio de información de precios y cantidades), medio (intercambios de información de costos y demanda) y bajo (intercambio de información agregada e histórica).

Así, el intercambio de información en este tipo de reuniones puede resultar particularmente grave, atento a que ha sido utilizado por autoridades de defensa de la competencia como evidencia de la existencia de conductas colusorias.

Ya sea una reunión presencial o virtual, entre otras prácticas responsables, se deberá llevar una agenda detallada de los temas a tratar en las reuniones, cuyo contenido debería ser analizado previamente con un equipo legal, de preferencia un asesor independiente con experiencia en *defensa de la competencia*. También deberá labrarse una minuta detallando los puntos discutidos, a efectos de dejar constancia que no se ha tratado ningún tema que pudiese ser considerado como conducente a una conducta colusoria. En caso de presenciar una reunión en la que se discutan temas que podrían resultar violatorios de la normativa de competencia se deberán realizar las objeciones pertinentes y dejar constancia escrita de las mismas. Esta manifestación resulta esencial atento a que la presencia pasiva en dichas reuniones también es considerada participación, por lo que si en dichos encuentros se discute sobre alguna cuestión prohibida, se deberá dejar debida constancia en las actas y ordenar la finalización de la reunión. En todo caso, se recomienda abandonar cualquier reunión en caso de entender que alguna conversación pudiera dar pie a una violación al régimen de competencia dejando constancia en el acta la razón por la cual se abandonó la reunión.

Uno de los principales motivos por los cuales los asociados a una cámara empresarial podrían

querer intercambiar información es la evaluación de su posición en el mercado. Este análisis debe ser llevado con base en información pública, a efectos de evitar cuestionamientos por parte de las autoridades de competencia.

En caso de que el acceso a totales de mercado sobre los cuales no exista información pública reciente sea necesario para llevar a cabo un ejercicio de *benchmarking*, la información deberá agregarse de manera tal que no se puedan identificar datos individuales de las empresas, sino que tan solo estas puedan comparar su propia posición frente al total del mercado. Asimismo, estos informes deberán ser elaborados por terceras partes bajo convenios de confidencialidad que prevengan que compartan los datos individuales con cualquier otra empresa.

Si se utilizase información histórica, la misma podrá ser compartida en forma desagregada, pero deberá contar con un mínimo de un año para poder ser compartida. Nótese que este plazo podría ser aun mayor, en caso de que la información resulte sensible desde el punto de vista competitivo aun luego del año, por lo que deberá atenderse a las características de la misma al momento de determinar el tiempo para su divulgación.

En este sentido, al contemplar el uso de información sensible desde el punto de vista competitivo con competidores o terceros, se debe tener en cuenta que:

- En principio, solo podrá utilizarse información pública (con base en una fuente objetiva) o histórica (más de un año);
- En caso de realizar ejercicios de *benchmarking*, la información deberá ser procesada por un tercero idóneo, estar agregada y no permitir la identificación de cada de una de las empresas en el mercado;
- Se encuentra absolutamente prohibido el intercambio de información competitiva sensible actual y en forma desagregada; y
- El individuo que lleve a cabo el intercambio de información detallada en el punto anterior se expone, así como también a la organización que representa, a importantes

sanciones bajo la normativa de defensa de la competencia.

IV.4. Programas de clemencia

Una de las principales fuentes para las investigaciones de las agencias de defensa de la competencia a nivel mundial es la utilización de sistemas de clemencia (*leniency*), en donde un participante de un cártel que denuncia a los otros miembros del mismo puede obtener inmunidad total o parcial de las sanciones aplicables. Este tipo de sistema ha sido exitoso a nivel mundial, atento a que ha permitido que las empresas que detecten irregularidades en sus operaciones activen este tipo de procedimiento para contener el tipo de contingencia al cual están expuestos.

Como se mencionó previamente, la nueva Ley de Defensa de la Competencia incorpora por primera vez en Argentina un programa de clemencia a los fines de facilitar la investigación de cárteles. Actualmente, la CNDC se encuentra trabajando actualmente en el diseño de lineamientos que permitan la implementación de este programa.

En líneas generales, las empresas que quieran hacer uso de este tipo de programa deben cumplir con ciertos requisitos, a saber:

IV.4.1. Rapidez en la presentación

Este tipo de sistemas generalmente se rige por un principio de cronología de presentaciones (conocido en inglés como *run to the door*), lo cual implica que la primera empresa que otorgue evidencia que cumpla con los requisitos del sistema tendrá inmunidad total (o el máximo de inmunidad otorgado bajo dicha legislación), mientras que el resto de los solicitantes tendrá una reducción menor o ninguna, tan solo por haber realizado la presentación en forma posterior.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia establece dos posibles escenarios por orden de llegada para aquellos que adhieran al beneficio: exoneración o reducción de multas, así como inmunidad en ciertas sanciones e indemnizaciones (con ciertas excepciones específicas). Si el solicitante no es el primero en adherir al beneficio, puede igualmente ser elegido por una

reducción de entre el 50% y el 20% de la multa si aportara evidencia adicional a la investigación.

Esto demuestra la necesidad de llevar a cabo auditorías eficientes y regulares, lo cual permitiría a la empresa obtener un posicionamiento óptimo para mitigar posibles sanciones.

IV.4.2. ¿No ser el líder de la conducta?

En la gran mayoría de las legislaciones de competencia, se ha establecido que la inmunidad es aplicable para los integrantes del cártel, salvo que dicha empresa (o individuo) sea el líder de la conducta. Sin embargo, en virtud de la informalidad y secretismo que cubren a estas conductas, debe tenerse en cuenta la dificultad en determinar si la empresa ha sido el líder o no.

En particular, la nueva Ley de Defensa de la Competencia no establece este requisito para adherir al programa de clemencia. Su articulado especifica que cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o este incurriendo en alguna de las conductas anticompetitivas *per se* podrá revelarla a la autoridad a los fines de acogerse al beneficio que corresponda.

IV.4.3. Calidad de la información

Más allá de la rapidez en la presentación y la acreditación que la empresa no resulta líder de la conducta reportada, las agencias solicitan que se aporten datos y evidencia concreta que permita determinar el alcance de la supuesta conducta. El ofrecimiento de datos incompletos o que tergiversen el accionar de la empresa informante podría ser considerado como un factor para eliminar en forma parcial o total la inmunidad solicitada.

En el programa de clemencia incorporado por la nueva Ley de Defensa de la Competencia la calidad de la información resulta fundamental, tanto para la descripción de las conductas notificadas como para su prueba. Asimismo, debe siempre ser novedosa, dado que, si la autoridad ya tiene conocimiento de la información, o si no le aporta nuevas circunstancias que deba considerar, la solicitud podría ser desestimada. Esto, naturalmente, se volverá incluso más relevante tratándose de aquellos solicitantes que no lleguen en primer lugar a adherir al beneficio de clemencia.

IV.4.4. Colaboración y confidencialidad

A efectos de que la solicitud de clemencia sea exitosa, la empresa deberá colaborar con la autoridad, la cual variará conforme las legislaciones. En una serie de jurisdicciones esto se limita a mantener la confidencialidad sobre la aplicación hasta tanto la autoridad inicie allanamientos o haya recabado pruebas suficientes sobre el cártel bajo análisis. Pero en ciertos casos el grado de colaboración va más allá de dicho accionar y requiere que la empresa continúe participando del acuerdo anticompetitivo a efectos de recolectar las pruebas necesarias.

En caso de que se considere que la empresa ha alertado de forma alguna a sus cómplices en la conducta, la autoridad podría eliminar la inmunidad que le sería concedida al informante.

En el caso de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, el deber de colaboración es una piedra angular del procedimiento. El solicitante debe comprometerse a colaborar con la autoridad a lo largo de cada una de las etapas del proceso, lo cual será expresamente reconocido cuando se le otorgue el beneficio. Sin ir más lejos, la falta de colaboración del solicitante es una de las causales de rechazo de la solicitud de clemencia.

En ciertas jurisdicciones se ha establecido un sistema de clemencia adicional (*leniency plus*) en donde aun si no se ha podido cumplir con el requisito de rapidez para poder acceder a la inmunidad, todavía se puede obtener un grado de disminución de la sanción si se reporta otra conducta anticompetitiva, cumpliendo con los criterios anteriormente mencionados. La nueva Ley de Defensa de la Competencia incorpora este sistema para aquella persona física o jurídica que, no pudiendo acogerse al beneficio durante la substanciación de la investigación, revele y reconozca un segundo cártel en otro mercado. En este caso, el beneficio consistirá, además de la exención en esta segunda conducta informada, en 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.

Un programa de *compliance* de defensa de la competencia eficiente debería prever un sis-

tema de reacción mediante el cual —en caso de confirmarse la existencia de una conducta anticompetitiva luego de una investigación interna— se canalice la información para que se pueda llevar a cabo una rápida solicitud de clemencia debidamente documentada que limite el grado de exposición de la empresa frente a las sanciones aplicables.

Finalmente, y como fuera mencionado oportunamente, se deberá estar al tanto de posibles solicitudes de clemencia por parte de competidores, atento a que podrían indicar la existencia de una conducta anticompetitiva de la propia empresa.

V. Conclusión

Las páginas precedentes han ofrecido al lector un panorama de la intersección entre *compliance* y defensa de la competencia con el fin de describir los distintos tópicos de interés para las empresas que deseen la efectiva implementación de un programa que los proteja ante cualquier contingencia que pueda surgir respecto de esta última materia. Como se ha podido observar las aristas a cubrir son delicadas y numerosas, por lo que implican un verdadero compromiso por parte de la empresa para no dejar cabos sueltos y atenerse a sanciones y/o multas.

Ante todo, se puede apreciar que la efectiva implementación de un programa de estas características requiere el conocimiento profundo de la propia empresa para consigo misma. Esto implica, tanto la definición de su actividad y los potenciales riesgos a los que se enfrenta en virtud de ella, como el adiestramiento, la alerta y la seguridad para quienes ejecutan acciones en su nombre, es decir, sus empleados. Asimismo, la empresa deberá poseer mecanismos de alerta y respuesta ante cualquier eventualidad que resulte sospechosa de contrariar las normas de defensa de la competencia para así poder prevenir o, en última instancia, mitigar los daños.

La efectividad del sistema, en definitiva, estará determinada por el grado de cultura y consciencia que la empresa tenga de las normas de defensa de la competencia y, de este modo, pueda así autorregularse para no enfrentar con-

secuencias indeseadas. El término *compliance* no implica solamente el cumplimiento de la ley, sino también la conformidad para con esta, por lo que resulta también indispensable que la empresa sea proactiva, internalice su contenido y adapte sus prácticas a ella.

Cabe destacar también que la persecución de conductas anticompetitivas ha pasado a ocupar un lugar primordial en la política de la CNDC a partir de la sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia y, en este sentido, la meticulosidad de la empresa debe ser intensificada y

aumentar proporcionalmente al crecimiento de esta dentro del mercado.

En síntesis, las circunstancias llaman a la incorporación de las normas de *compliance* de defensa de la competencia como una herramienta, como una norma de contraste para la actividad de la empresa, como contralor, como un *ethos*. Y es en este sentido que se aspira a que este capítulo exponga no tanto una advertencia sino un llamado a la responsabilidad, la cual redundará en la prevención de riesgos para la compañía y sus integrantes.

DERECHO COMPARADO

.....

Comment and General Assessment of Law 27.442 of 2018 from a European Competition Law Perspective (*)

RICHARD WHISH (*)

The adoption and entry into force on May 2018 of the new Argentinian Competition Law is hugely to be welcomed. For many years Argentina has been significantly out of step with other countries, in Latin America and beyond, in terms of its competition policy. Law 27,442 brings the position in Argentina substantially into alignment with best practice elsewhere in the world. In this contribution, I will comment on the new legislation from the perspective of someone whose career has predominantly been concerned with EU and UK competition law.

I. Institutions

To me the most striking feature of the new Competition Act is the institutional changes that it brings about.

1.1. National Competition Authority

A conspicuous characteristic of the Argentinian system of competition law, distinguishing it from many (though by no means all) other regimes, has been that decisions are made by a politician, the Secretary of Trade, on the basis of (non-binding) advice from the National Commission for the Defence of Competition,

(*) Nota de los directores: siendo el único trabajo de esta obra que no ha sido escrito en español, hemos optado por incluir su texto original y a continuación su traducción para que el lector no pierda aspectos de importancia que pueden ser advertidos solamente en la versión original en inglés.

(**) Emeritus Professor of Law, King's College London; QC (Hon).

which sits within the Ministry. The provisions in Law 25,156 of 1999, which provided for the establishment of an independent Competition Tribunal, were never brought into force. To put the point another way, Argentina has lacked a genuinely independent competition authority. The OECD's 2006 *Peer Review of Competition Law and Policy in Argentina* recommended that an independent agency should be established, and that the power of the executive to intervene in competition cases should be severely limited to cases of 'overriding public interest'.

Under the new Act a National Competition Authority is created, consisting of the Competition Tribunal and two Bureaux, for the investigation of anti-competitive practices and of mergers respectively; it is the Tribunal that will make decisions in individual cases, free from political interference. Appeals against the decisions of the Tribunal will be made to a newly-constituted Specialised Appellate Court within the Federal Court of Appeals in Civil and Commercial Matters. This brings the position in Argentina into alignment with current practice in the EU where, as a general proposition, decisions are taken by independent competition authorities (whether the European Commission at EU level or the national authorities of the 28 Member States that are, for the most part, autonomous [see further below]). The changes brought about by the new legislation in Argentina inspired various thoughts on my part.

First, I believe that, as a general proposition, it is highly desirable that competition law de-

cisions should be made by an independent agency, free from political interference. In the UK Ministers have had no involvement in antitrust decisions since the entry into force of the Competition Act 1998; and merger control assigns a role to the Minister only in a very narrowly-defined range of ‘public interest cases’ (1). Of course there is, at the moment, a widespread upsurge of sentiment against globalization, foreign acquisition of local businesses, fear of the loss of indigenous intellectual property and similar trends: this is contributing to demands for stricter laws on mergers. UK law has recently been altered to strengthen the powers of the Government to scrutinize mergers involving foreign investment that might have national security implications (2); the European Commission has also proposed a framework for the screening of foreign direct investments into the EU on the grounds of security or public order (3).

As an institution there is no doubting the independence of the European Commission from the national Governments of the EU. The Commission is a supra-national institution that applies EU competition law, which takes primacy over the laws of the Member States of the EU. Formal decisions are adopted by the College of 28 Commissioners, whose allegiance is to the EU Treaties, not to the Member States that appointed them. National Governments cannot veto decisions of the European Commission; nor can they order ‘their’ Commissioners to vote in a particular way. Of course individual Commissioners when making a decision in an individual case are conscious of the political *Zeitgeist*; however they make their decisions free from direct political influence. Some of the most controversial competition law decisions anywhere in the world in recent years —for ex-

ample *Microsoft* (4), *Google Shopping* (5) and *Google Android* (6)— were all taken by the European Commission. It is interesting to speculate as to whether a competition authority in one of the Member States would have been prepared to adopt any of these decisions: perhaps only an institution as ‘powerful’ —as ‘independent’— as the European Commission could or would have adopted these decisions?

I said above that the national competition authorities of the EU Member States are ‘for the most part’ autonomous. However for some time there has been concern on the part of the European Commission that, in some Member States at least, the authorities were not as free from political control as should be the case. As a result the Commission tabled, in 2017, a draft directive designed to empower the national authorities to be more effective enforcers of competition law (7); in particular the directive seeks to ensure their independence, that they have adequate resources and that they possess the necessary enforcement and fining powers to prevent distortions of competition. This initiative is referred to as the ECN+, or ECN plus, proposal. Provisional political agreement on the Commission’s proposal was reached between the European Parliament and the Council of Ministers on 30 May 2018 (8) and it is anticipated that the directive will enter into force by October 2019.

1.2. Specialised Appellate Court

A quite different institutional point about the new Argentinian Act is the decision to constitute the Specialised Appellate Court to hear appeals. In the EU system appeals against the decisions of the European Commission are taken to the General Court and ultimately, on a point of law, to the Court of Justice. However there

(1) For discussion of the relevant provisions of the UK Enterprise Act 2002 see WHISH - BAILEY, *Competition Law*, 9th ed., OUP, 2018, pp 986-991.

(2) See the Enterprise Act 2002 (Share of Supply Test) (Amendment) Order 2018, SI 2018/578 and the Enterprise Act 2002 (Turnover Test) (Amendment) Order 2018, SI 2018/593; see also the CMA’s *Guidance on changes to the jurisdictional thresholds for UK merger control*, CMA 90, June 2018, all available at www.gov.uk/cma.

(3) Commission Press Release IP/17/3183, available at www.ec.europa.eu.

(4) Commission decision of 24 March 2004, upheld on appeal Case T-201/04 *Microsoft Corp v Commission* EU:T:2007:289.

(5) Commission decision of 27 June 2017, on appeal Case T-612/17 *Google v Commission*, not yet decided.

(6) Commission decision of 18 July 2018, on appeal Case T-18 *Google v Commission*, not yet decided.

(7) COM (2017) 142 final, 22 March 2017, available at www.ec.europa.eu.

(8) See Commission Statement/18/3996, available at www.ec.europa.eu.

is no chamber that is specialist in competition law matters within the General Court. Of course there are judges there—for example Marc van der Woude and Ian Forrester—who have had illustrious careers in competition law and are extremely knowledgeable and experienced in the subject; this, however, is a different matter from having a designated chamber to specialize in competition law cases. The position in Argentina is more like that of the UK, where decisions of the Competition and Markets Authority are heard by the Competition Appeal Tribunal (the ‘CAT’)(9). The Tribunal (and its predecessor, the Competition Commission Appeal Tribunals) have been in existence since 2000, and has become a highly sophisticated part of the UK system of competition law. Its range of functions has expanded considerably over the years and, apart from dealing with appeals, includes hearing damages actions, both of a ‘follow-on’ nature, where the European Commission or the Competition and Markets Authority has already found that an infringement of competition law has taken place, or on a ‘standalone’ basis, where a claimant brings a direct action against a defendant (or defendants) alleged to have broken competition law. Collective actions (both on an opt-in and an opt-out basis) can be brought before the CAT. It is noticeable that, in Argentina, damages claims will not be heard by the Specialised Appellate Court, but by the normal commercial courts. It may be that, in due course, consideration should be given to allowing the Specialised Court also to entertain damages claims in competition cases.

A notable feature of the CAT in the UK is that its members include not only lawyers but individuals with other professional backgrounds, in particular as economists. The CAT sits in panels of three, and in any case that raises issues of economics at least one of the members will be an economist. There is no doubt that this adds hugely to the quality of the CAT’s decisions. Chapter XI of the new Argentinian Act, which provides for the Specialised Appellate Court, does not appear to provide for the inclusion of an economist, which may be an issue worth revisiting in future years.

(9) For discussion of the work of the CAT see WHISH - BAILEY, *Competition Law*, pp 72-74.

II. A stricter law against horizontal agreements

Law 25,156 of 1999 prohibited horizontal agreements ‘that may result in harm to the general economic interest’. The OECD’s 2006 Peer Review suggested that the law was somewhat ineffective:

There is no per se rule in Argentina. It must be shown that all violations have the requisite harm to the “general economic interest.” Agency officials do not view the lack of a per se rule as an impediment to their anti-cartel effort, however.

There is a suspicion, confirmed unofficially by participants in the private sector, that cartel activity is rife in Argentina. If this is so, it may be in part because the business community is not fully aware that such conduct is unlawful and that it could lead to the imposition of strong sanctions. In this sense, some of the cartel conduct, if indeed it exists, is “naïve.” There may also be doubts about the competition authority’s commitment to an anti-cartel effort. The recent cement and oxygen cases are very important in this regard, if they send the right signals to businesspeople and to the public. But these decisions have been viewed with scepticism in some quarters; they have been interpreted by some as merely a part of the government’s anti-inflation effort. The decisions do not translate, in the eyes of these observers, into a genuine effort on the part of the enforcement agency to prosecute and sanction cartel conduct as a serious infringement in its own right. Follow-up cartel prosecutions by the authorities are obviously necessary to correct this impression, to the extent it exists.

It has been difficult for the Commission to develop an effective anti-cartel programme. Dawn raids, the most effective tool, have been used in only a few cases. The perception is that they are difficult to carry out, and resource consuming as well. There is no leniency programme in place and there had not

been, as of early 2006, any significant movement to create one. The high staff turnover rate, discussed more fully below, results in a lack of institutional memory, which is especially important in the anti-cartel effort. Cartel investigations require highly specialised and sophisticated techniques, which usually can be developed only through experience.

The Peer Review suggested that there were several explanations for the lack of effective enforcement action against cartels in Argentina. Various features of the new Competition Act are intended to contribute to a stricter enforcement regime, each of which is of interest when viewed from an EU or UK perspective.

II.1. A presumption of illegality for certain horizontal agreements

Section 2 of the new Act provides a presumption of illegality for certain horizontal agreements. Basically, agreements to fix prices, limit output, divide markets or to engage in bid-rigging are presumed to cause harm to the general economic interest. The result of this presumption is that it will not be necessary for the Competition Tribunal to demonstrate that such agreements harm competition: the law presumes this to be the case. The intention is that, by reducing the evidential burden on the Tribunal, it will be easier to secure a conviction in a hard-core cartel case. As I understand the position, the presumption contained in section 2 of the new Act is one that the parties to the cartel agreement are entitled to try to rebut on the basis of evidence that no such harm will follow⁽¹⁰⁾; however the burden of doing so is upon them and not the Tribunal. It follows that section 2 does not introduce a *per se* rule as that term is used in US law. A hard-core horizontal price-fixing agreement is *per se* illegal under section 1 of the Sherman Act meaning that, if it can be shown to exist, it is illegal irrespective of whether it could cause economic harm (for example higher prices) or whether it might be

compensated by economic efficiencies. To put the point another way, certain agreements are *automatically* illegal under US law without any need to conduct an economic analysis of their effects. Most agreements under US law are not within the category of *per se* illegality, but instead must be subject to the ‘rule of reason’, which does require economic analysis. Agreements of the kind set out in section 2 of the new Argentinian Act are ones that would be *per se* illegal in the US.

The position in section 2 of the Competition Act is more like Article 101 TFEU, under which there is no such thing as *per se* illegality in the US sense. Article 101[1] prohibits agreements that have as their ‘object or effect’ the prevention, restriction or distortion of competition; Article 101[3] provides a defence for agreements (both those that restrict competition by object and by effect) where the parties can satisfy the four criteria of that provision, which essentially requires the demonstration of economic efficiencies which will produce a benefit for consumers. Within Article 101[1] there are certain agreements that restrict competition ‘by object’: in this case no effects analysis is required of the agreement – in other words there is a *presumption* that they are caught: this is analogous to the presumption established by section 2 of the Argentinian Act. Where an agreement is not one that restricts competition by object a full effects analysis is required before it can be found to be illegal. Any agreement – whether it is restrictive by object or effect – can be defended under Article 101[3] provided that the parties to the agreement can adduce evidence that demonstrate that efficiencies will follow.

It seems to me that the new Argentinian Act will work in a similar way to Article 101 in the case of the types of agreement listed in section 2. In so far as a particular agreement falls clearly within the terms of that provision – for example it is an agreement that fixes selling prices – the Tribunal will benefit from the presumption of unlawfulness and will not be required to demonstrate how the agreement will be harmful to competition. If the parties to the agreement do produce evidence that the agreement will not cause harm to the general economic interest it will then be incumbent on the Tribunal to consider that evidence and either agree with it, and

(10) Section 29 of the Act provides for the provision of a permit by the Competition Tribunal for an agreement, including of the kind set out in section 2, if it is not detrimental to the general economic interest.

therefore dismiss the case, or rebut it and adopt an infringement decision. That decision can then be the subject of an appeal to the Specialised Appellate Court. In the EU the Commission has the benefit of the presumption that certain agreements that restrict competition by object are harmful to competition; it is then for the parties to produce evidence that the criteria of Article 101[3] are satisfied.

This approach to hard-core cartel agreements bring to my mind two particular thoughts about the treatment of ‘object’ restrictions in the EU: firstly, why does EU law recognize the category of object restrictions in the first place? Secondly, can object restrictions ever be defended under Article 101[3]? Each of these questions is addressed in the textbook that I co-author with David Bailey. On page 127 we specifically ask why EU law recognizes object restrictions:

(vi) *Why does Article 101[1] prohibit object restrictions without proof of anti-competitive effects?*

Advocate General Kokott’s Opinion in *T-Mobile*(11) includes an interesting discussion of why Article 101[1] makes a distinction between object and effect restrictions. First, the classification of certain types of agreement as restrictive by object ‘sensibly conserves resources of competition authorities and the justice system’ (12). The fact that a competition authority does not need to demonstrate, for example, that a horizontal price-fixing agreement produces adverse economic effects relieves it of some of the burden that would otherwise rest upon it. Secondly, the Advocate General pointed out that the existence of object restrictions ‘creates legal certainty and allows all market participants to adapt their conduct accordingly’ (13) adding that, although the concept of restriction by object should not be given an unduly broad interpretation, nor should it be interpreted so narrowly as to deprive it of its practical

effectiveness(14). Thirdly, she pointed out that, just as a law that forbids people from driving cars when under the influence of alcohol does not require, for a conviction, that the driver has caused an accident—that is to say proof of an effect—so, in the same way, Article 101[1] prohibits certain agreements that have the object of restricting competition, irrespective of whether they produce adverse effects on the market in an individual case(15); such agreements will be permitted, therefore, only where the parties can demonstrate that they will lead to economic efficiencies of the kind set out in Article 101[3], and that a fair share of those efficiencies will be passed on to consumers. The authors of this book agree with this analysis, subject to the caveat that the object box should contain only those agreements that properly belong there.

On pages 126 and 127 we address a different question, namely whether object restrictions can be defended under Article 101[3]:

(v) *Is it possible to justify object restrictions under Article 101[3]?*

As will be explained in chapter 4 (16), it is important to understand that it is possible to justify an agreement that restricts competition by object under Article 101[3](17). This was stated by the General Court in *Matra Hachette v Commission*(18) and was explicitly recognised by the Court of Justice in *Beef Industry Development Society*(19),

(14) *Ibid.*, para 44.

(15) *Ibid.*, para 47; see similarly para 136 of AG Geelhoed in Case C-407/04 P *Dalmine v Commission* EU:C:2006:547 (*Seamless steel tubes*).

(16) See ch 4, ‘Any type of agreement can be defended under Article 101[3]’, pp 159–161.

(17) A point emphasised by former Director-General of DG COMP, Alexander Italianer ‘Competitor Agreements under EU Competition Law’ [2013] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), ch 2.

(18) Case T-17/93 EU:T:1994:89, para 85; see similarly Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SA* EU:C:2011:649, paras 49 and 57.

(19) Case C-209/07 EU:C:2008:643: the case was remitted to the High Court in Ireland to consider whether the criteria of Article 101[3] were satisfied; however BIDS

(11) Case C-8/08 EU:C:2009:110.

(12) *Ibid.*, para 43.

(13) *Ibid.*

GlaxoSmithKline v Commission(20) and *Pierre Fabre*(21), although no final decision on the application of Article 101[3] was reached by the Court of Justice in any of those cases. Similarly when *Ski Taxi SA v Norwegian Government*(22) was referred back to the Supreme Court of Norway(23) it noted that it was possible for the taxi companies to defend their 'object restriction' on the basis of efficiencies under the Norwegian equivalent of Article 101[3].

Once it is recognised that object cases can be defended under Article 101[3], the classification of a particular type of agreement as falling within the 'object box' can be seen for what it is: a legal presumption, but a rebuttable one(24). The presumption shifts the burden of proof from the Commission to the parties, and provides a structure within which to analyse agreements. Decisions and/or informal guidance finding that object agreements satisfy the conditions of Article 101[3] might lead to fewer cases in which undertakings challenge the object-effect distinction: this sometimes happens because of the misperception that only restrictions by effect can benefit from Article 101[3](25).

withdrew its defence before the Court had made a decision on the matter: see Irish Competition Authority Press Release, 25 January 2011, available at www.tca.ie; for comment see Odudu 'Restrictions of Competition by Object—What's the Beef?' [2009] Comp Law 11.

(20) Cases C-501/06 P etc EU:C:2009:610.

(21) Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* EU:C:2011:649; note the Paris Court of Appeal subsequently held that Pierre Fabre's ban on internet sales did not benefit from Article 101[3]; judgment of 31 January 2013.

(22) Case E-3/16, judgment of 22 December 2016.

(23) Judgment of 22 June 2017, para 52.

(24) On the use of presumptions see Bailey 'Presumptions in EU Competition Law' (2010) 31 ECLR 20 and Ritter 'Presumptions in EU competition law' (2017), available at www.ssrn.com; see also the OECD Roundtable *Safe harbours and legal presumptions in competition law* (December 2017), available at www.oecd.org.

(25) Note that the Competition Commission of Singapore, applying a provision that is substantially the same as Article 101, has, on several occasions, concluded that agreements that restricted competition by object pro-

duced 'net economic benefits' and were therefore lawful: see eg *United Airlines, Continental Airlines and All Nippon Airways*, 4 July 2011, available at www.ccs.gov.sg; see also the Australian Competition and Consumer Commission's authorisation of minimum retail prices for power tools under the Competition and Consumer Act 2010, 5 December 2014, available at www.accc.gov.au.

It will be of great interest in the early years of the new Argentinian Act to see to what extent the Authority detects agreements of the kind presumed to be unlawful in section 2, and how the presumption works in practice. The presumption should be helpful in terms of resources; and it is likely that some cartels will be discovered that are so obviously pernicious that the parties to them will not attempt to rebut the presumption with evidence that they are in the general economic interest. However the presumption in itself will not transform the legal landscape in Argentina: effective enforcement requires more than a legal presumption. Chapters VII, VIII and IX of the new Act contain important additional provisions that will contribute to the effectiveness of the law, each of which will now be considered in turn.

II.2. Sanctions

The effective enforcement of competition law requires there to be sanctions that have a sufficiently deterrent effect. Detection of cartels is very difficult from a competition authority's perspective, not least because cartelists are usually adept at concealing evidence of their unlawful behavior. There is no doubt that the enormous increase in anti-cartel enforcement by the Department of Justice in the US and the European Commission in the EU over the last 25 years has been in part attributable to the introduction of effective leniency programmes. However an obvious point is that, unless cartelists are genuinely concerned that unlawful behavior might lead to significant punishment—specifically large fines—there will be little incentive to blow the whistle in the first place. Painful sanctions and successful leniency policy therefore go hand in hand.

Chapter VII of the new Act contains various provisions on sanctions, and they clearly are capable of being painful. The Argentinian rules are not the same as those in the EU, although

duced 'net economic benefits' and were therefore lawful: see eg *United Airlines, Continental Airlines and All Nippon Airways*, 4 July 2011, available at www.ccs.gov.sg; see also the Australian Competition and Consumer Commission's authorisation of minimum retail prices for power tools under the Competition and Consumer Act 2010, 5 December 2014, available at www.accc.gov.au.

there are several clear similarities. Section 55(b) of the Act relates the fine that can be imposed to the turnover in the market affected by the unlawful conduct: as under the European Commission's *Fining Guidelines*(26) this can be up to a maximum of 30% of the relevant turnover. Again as in the case of EU *Guidelines*, this figure can then be multiplied by the number of years during which the unlawful conduct took place: clearly this means that very large fines can be imposed on cartels of long duration. In the EU the *Trucks* cartel was found by the Commission to have lasted for 14 years and in that case the fines totaled €3.80 billion(27). In Argentinian law there is an overall cap on the fine that can be imposed in one case of 30% of the economic group's consolidated turnover at national level. In the EU the analogue is 10% of the group's worldwide turnover. An alternative basis for the fine in Argentina—which does not exist in EU or UK law—is two times the economic benefit of the wrongful act. Clearly the Argentinian fines could be very high: this is already the case in the EU. In recent years there have been several cases in which the European Commission has imposed fines in excess of €1 billion: in cartel cases, apart from the *Trucks* case already referred to, fines of €1.40 billion, €1.31 billion and €1.18 billion were imposed, respectively, in *TV and computer monitor tubes*(28), *Euro interest rates derivatives (EIRD)*(29) and in *Car-glass*(30). In abuse of dominance cases fines of €1.06 billion, €2.42 billion and €4.34 billion were imposed, respectively, in *Intel*(31), *Google Search (Shopping)*(32) and *Google Android*(33). It will be interesting to see in the years ahead what level of fines the Competition Tribunal will impose when it finds infringements of the Competition Act. In the opinion of this author the success of the legislation will depend on

whether sufficiently high fines will be imposed in appropriate cases: as mentioned above, it is essential that firms should feel deterred from committing infringements of the law, and that there is a sufficient incentive to participants in existing and future cartels to 'blow the whistle' by making use of the leniency system introduced by Chapter VIII of the new Act. It will also be important that the Specialised Appellate Court understands that deterrent fines are an integral part of a successful competition law system.

An interesting feature of the new sanctions regime in Argentina is the possibility that a firm may be suspended from the National Register of State Suppliers for a period of up to five years. Clearly the prospect of being excluded from participation in public sector projects must add to the deterrent effect of the new Act: the Competition Authority will have to bring this provision to the attention of as many would-be suppliers to the public sector as possible. Neither EU nor UK law contains a provision such as this.

Section 56 of the new Argentinian Act sets out various criteria that the Competition Tribunal should take into account when determining the level of fines. In both the EU and the UK there are quite elaborate guidelines that explain how fines should be calculated, including both aggravating and mitigating factors(34). It is possible that, after the new Act has been in force for some time and experience has been gained on the calculation of fines (including at the Specialised Appellate Tribunal), it would be helpful for guidelines to be published in Argentina amplifying the provisions of section 56.

Section 57 of the Act makes specific provision for the proposition that legal entities are liable for the conduct of their employees. This is a sensible provision, designed to counteract a corporate plea that 'we had no control over our rogue employees' or that 'we provided competition compliance training to prevent unlawful conduct, but our employees disobeyed instructions'. The European Court of Justice stated very

(26) OJ [1998] C9/3, available at www.ec.europa.eu.

(27) Commission decisions of 19 July 2016 and 27 September 2017.

(28) Commission decision of 5 December 2012.

(29) Commission decision of 4 December 2013, amended 6 April 2016.

(30) Commission decision of 12 November 2008.

(31) Commission decision of 13 May 2009.

(32) Commission decision of 27 June 2017.

(33) Commission decision of 18 July 2018.

(34) See the Commission's *Fining Guidelines* OJ [1998] C 9/3 available at www.ec.europa.eu and the CMA's *Guidance as to the appropriate amount of a penalty* OFT 423, 2012 available at www.gov.uk/cma.

clearly in 2016 that an employer is liable for any anti-competitive conduct on the part of an employee because, in EU law, the employer and employee are one and the same undertaking for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU (35).

Section 58 of the new Act provides for personal liability on the part of natural persons, who may be jointly and severally liable for the infringements of legal entities who, through action or conscious omission of their duties of control, supervision or vigilance, may have encouraged, enabled or contributed to the infringement. Quite apart from being liable for any fine that may have been imposed, such persons may also be disqualified from carrying on a business for a term from one to ten years. Individuals do not bear personal liability under EU competition law except to the extent that they are, themselves, 'undertakings' in the sense of Articles 101 and 102 TFEU (36). However UK competition law does provide for sanctions against individuals in certain circumstances.

First, there is a cartel criminal offence, under which individuals can be sentenced to terms of imprisonment of up to five years for engaging in the types of agreement presumed to be unlawful in section 2 of the new Argentinian Act: this provision has not been particularly successful, and there have been only three cases in which a total of five individuals pleaded guilty to the offence; there have been no contested cases in which a conviction has been secured (37).

The second situation in which individuals may bear personal liability for competition law infringements is where they are directors of companies that are found guilty of committing an offence. Under section 9A of the Company Directors Disqualification Act 1986 (as amended by the Enterprise act 2002) the court must make a competition disqualification order (a 'CDO') against a person if a company of which he is a director commits an infringe-

ment of EU and/or UK competition law (38) and the court considers that his conduct as a director makes him unfit to be concerned in the management of a company (39). There is *Guidance* (40) on this procedure which states that the term 'director', for this purpose, includes a *de facto* director (41). In deciding whether the conduct of a director makes him unfit, the court must have regard to whether his conduct contributed to the breach of competition law; or, where this is not the case, whether he had reasonable grounds to suspect a breach and took no steps to prevent it; or, if he did not know of the breach, he ought to have done (42). Furthermore the court may have regard to his conduct as a director of a company in connection with any other breach of competition law (43). The maximum period of disqualification is 15 years (44), and during that time it is a criminal offence to be a director of a company, to act as a receiver of a company's property, to promote, form or manage a company or to act as an insolvency practitioner (45). Any person involved in the management of a company in contravention of a CDO is personally liable for the debts of the company (46) and may be placed on a public register maintained by the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy (47).

The power conferred by section 204 of the Enterprise Act was used for the first time in December 2016, when a director of Trod Ltd, which had been fined for horizontal price fixing, gave a disqualification undertaking not to act as a director of any UK company for five years (48). In April 2018 two directors of Frost Estate Agents Ltd in Burnham-on-Sea gave disqualification

(38) CDDA 1986, s 9A[2].

(39) *Ibid.*, s 9A[3].

(40) *Director disqualification orders in competition cases*, OFT 510, June 2010.

(41) *Director disqualification orders*, para 2.3; see also para 4.5.

(42) CDDA 1986, s 9A[5][a] and [6].

(43) *Ibid.*, s 9A[5][b].

(44) *Ibid.*, s 9A[9].

(45) *Ibid.*, ss 1[1] and 13.

(46) *Ibid.*, s 15[1][a].

(47) *Ibid.*, s 18.

(48) CMA Press Release, 1 December 2016.

(35) Case C-542/14 *VM Remonts* EU:C:2016:578, para 24.

(36) See WHISH - BAILEY, *Competition Law*, pp 86-87.

(37) For discussion of the cartel offence see WHISH - BAILEY, *Competition Law*, pp. 437-446.

undertakings not to act as a director of any UK company for, respectively, three and three-and-a-half years; both directors had been actively involved in the *Residential estate agency services* cartel (49).

II.3. Leniency programme

As mentioned above, successful anti-cartel enforcement in the last 25 years in the EU and US has been closely linked to the leniency regimes in place in those two jurisdictions. Firms that participate in cartels are usually fully aware that their behavior is unlawful and go to great lengths to maintain secrecy and avoid detection. A crucial tool for competition authorities is the possibility of awarding leniency to 'whistleblowers'. Chapter VIII of the new Act provides for a leniency programme which closely resembles those in operation in the EU and US. Many other jurisdictions also have leniency regimes.

In the EU the Commission's current *Notice on leniency policy* was adopted in 1996 (50). Total immunity is granted to the first undertaking in a cartel to submit information to the Commission that will enable it to carry out an inspection or to find an infringement of Article 101. Conditions attach to the grant of immunity, including genuine, continuous and expeditious cooperation; termination of involvement in the cartel unless the Commission considers that continuing involvement is useful for the preparation of inspections; and there must not have been any destruction, falsification or concealment of relevant evidence. A marker system exists to establish who is entitled to immunity. Firms that provide further relevant evidence to the Commission may be entitled to reductions in their fines. Section 60 of the new Argentinian Act is very much in line with the Commission's *Notice*. A feature of section 60 that does not exist in EU practice (but which does in the US and the UK) is the idea of 'amnesty plus': that is to say, a firm that is under investigation in relation to cartel A and that discloses the existence of cartel B, a different cartel from the one that is being investigated, can earn a reduction of one third

in the fine that it will have to pay in relation to cartel A.

Section 61 provides that individuals may benefit from corporate applications for leniency where they may bear personal responsibility by virtue of section 58 of the Act. In this respect the position in Argentina resembles that in the UK, where individuals may be protected by their employer's immunity application (51).

The new leniency regime is an important step in the evolution of Argentinian competition law. The challenge for the National Competition Authority will be to make it work in practice, the difficulty of which is not to be underestimated. There may be great hesitation in the business community as to whether to make use of the system; and for the Authority there will be a steep learning curve. It will be important to take advice from other authorities – both those with long-established leniency regimes and those that have recently introduced one. As already explained, there will also need to be sufficiently high fines to provide an incentive to firms to blow the whistle in the first place.

II.4. Damages

Effective enforcement of the new Competition Act will also be assisted by the provisions contained in Chapter IX that provide for the award of damages to anyone harmed by a competition law infringement. The increased sanctions under the Act have already been noted. However the fact that the members of a cartel (or a dominant firm) might also have to pay a significant amount of money to their 'victims' clearly adds to the risks involved in anti-competitive behaviour. The enormous fines that have been imposed by the European Commission in some recent competition law cases have already been referred to above. However it is also important to point out that applications for damages have become a commonplace in the EU today, and that every major infringement decision of the European Commission (and of the national competition authorities) is now followed by a damages claim. In the case of the *Trucks* cartel claims have been launched in numerous Mem-

(49) See CMA Press Release, 10 April 2018.

(50) OJ [2006] C 298/17.

(51) See *Applications for leniency and no-action in cartel cases*, OFT 1495, July 2013.

ber States: one economist suggested that the harm caused to customers of that cartel—which it will be recalled lasted for 14 years—may have been in the region of €100 billion, a figure which dwarfs the fines in that case.

In the EU damages have always been available in principle for infringements of competition law, but this area of law has been given significant impetus by the adoption and entry into force of the *EU Damages Directive* (52) which was intended to eliminate many of the obstacles to damages claims that existed in national legal systems and to bring about a ‘level playing field’ for such claims across the EU (53). Legal practice has been transformed in recent years as a result of the rise of damages claims. Law firms today often establish competition law litigation groups, staffed with individuals with the specific skill-set required for private litigation (historically competition law has been about interaction with public authorities, not private litigants). Whereas it was once the case that advice to defendants was predominantly about how to interact with the relevant competition authority (or authorities), today it is important from day one of a new matter to be thinking of the possibility of defending damages claims in the future. Of course this may have implications when it comes to considering making a leniency application. There is an obvious incentive to avoid a huge fine (in *Trucks* the fines totaled €3.86); however the incentive may look less attractive if the possibility of joint and several liability for damages of €100 billion can be seen looming on the horizon. Concerns have been raised in the EU in recent years that the number of leniency applications may be declining because of the increased risk of damages claims, although there is no empirical evidence yet to demonstrate that this is a real problem. With this point in mind section 65 of the Argentinian Act provides some limitation of a leniency applicant’s liability to damages where the other members of the cartel are able to make redress to the victims, and a similar provision will be found in Article 11 of the EU Damages Directive.

It will be of great interest in the years ahead to see to what extent damages claims become part of the landscape of Argentinian competition law. Lawyers will of course acquaint themselves (and their clients) with the provisions of Chapter IX of the Act; and the fact that the Competition Tribunal’s decisions will be *res judicata* in the courts of Argentina by virtue of section 63 should add impetus to such claims. There are interesting possibilities here for the development of competition law practice. It is perhaps worth saying that for this area of law to progress there will need to be lawyers not only who represent the defendants (often significant international companies with adequate resources to defend themselves) but also who can act for claimants who may well lack the funds to launch proceedings. In the UK various collective redress mechanisms (including the possibility of opt-out claims brought by a group representative) have recently been introduced to assist such litigants, although it has yet to be seen how successful they will be (54). Furthermore various law firms have become established there who specialise in the representation of claimants rather than defendants.

III. Merger control

Chapter III of the new Argentinian Act contains important provisions on merger control. Most, but not all, merger regimes in the world require mergers above certain thresholds to be pre-notified to the relevant competition authority: consummation of the merger is not permitted until clearance has been given, sometimes subject to conditions. The EU Merger Regulation requires ‘concentrations having a European Union dimension’ to be pre-notified to the European Commission, and Article 7 of that legislation imposes a ‘standstill obligation’ that makes it unlawful to close the transaction prior to the Commission’s decision. Fines can be imposed for infringing the standstill obligation (see below). The UK provides an exception to the mandatory notification of mergers, and other examples can be found of voluntary, as opposed to mandatory, notification (Singapore

(52) OJ [2014] L 349/1.

(53) For discussion see Whish and Bailey *Competition Law*, ch 8.

(54) See WHISH - BAILEY, *Competition Law*, pp. 330-332.

and, in the telecommunications sector, Hong Kong are further examples).

Argentina now joins the mainstream by providing for mandatory notification of mergers above the thresholds established by section 9 of the new Act, and it is an offence to proceed with the transaction without the prior approval of the Competition Tribunal. Section 14 of the Act requires that the Tribunal must make a decision on the merits of a merger within 45 days of the submission of complete and correct information; in cases requiring a deeper examination the time limit may be extended for up to an additional 120 days. Section 55 of the Act provides for the imposition of fines for so-called 'gun-jumping'.

Gun-jumping has always been punishable under the EU Merger Regulation. The first fine (of €33,000) for gun-jumping in the EU was imposed in 1998 in the case of *Samsung* (55). In *AP Møller* (56) a larger fine, of €219,000, was imposed for failure to notify and for putting into effect three concentrations which were discovered in the course of an investigation of a notified concentration. In setting the level of the fine the Commission noted that the failure to notify was not intentional but that there had been 'qualified negligence'. *AP Møller* was a large European undertaking that could be expected to have a good knowledge of the EUMR, and the concentrations had been operated for a considerable time before they were brought to the Commission's attention. A mitigating factor was that there had been no damage to the competitive process. A much larger fine of €20 million was imposed in *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône* (57) in 2009: the Commission concluded that Electrabel had acquired *de facto* control of CNR several years earlier, in December 2003, without having received prior approval from the Commission. The Commis-

sion also imposed a fine of €20 million in the case of *Marine Harvest* where Marine Harvest, by acquiring a stake of 48.5% in Morpol, had acquired *de facto* control of it (58); the Commission's decision was upheld on appeal to the General Court (59). The merger itself was cleared at the end of Phase I, subject to conditions (60). On 24 April 2018 the Commission imposed a fine of €125 million on Altice for 'gun-jumping' (61); it is investigating the same issue in *Canon/Toshiba Medical* (62). In the *Altice* case that firm intended to acquire PT Portugal. The Commission concluded that certain provisions of the purchase agreement resulted in Altice acquiring the legal right to exercise decisive influence over PT Portugal, for example by granting Altice veto rights over decisions concerning PT Portugal's ordinary business; and that, in certain cases, Altice actually exercised decisive influence over aspects of PT Portugal's business, for example by giving PT Portugal instructions on how to carry out a marketing campaign and by seeking and receiving detailed commercially sensitive information about PT Portugal outside the framework of any confidentiality agreement. The case is on appeal to the General Court in Luxembourg (63).

Important guidance on what constitutes gun-jumping was recently provided by the Court of Justice in *Ernst & Young P/S v Konkurrenter* (64). This case was referred to the Court by an appeal court in Denmark which was hearing an appeal against a fine imposed by the Danish Competition Authority for gun-jumping. Essen-

(55) Case M 920, decision of 18 February 1998, OJ [1999] L 225/12.

(56) Case M 969, decision of 10 February 1999, OJ [1999] L 183/29.

(57) Case M 4994, decision of 10 June 2009; upheld on appeal to the General Court Case T-332/09 *Electrabel v Commission* EU:T:2012:672, and on appeal to the Court of Justice Case C-84/13 P EU:C:2014:2040.

(58) Commission decision of 23 July 2014; for comment see Kadar and Mauger 'Harvesting salmon, jumping guns: the *Marine Harvest* early implementation case' *Competition Merger Brief* 1/2014, available at www.ec.europa.eu/competition/publications/cpn.

(59) Case T-704/14 *Marine Harvest ASA v Commission* EU:T:2017:753, on appeal to the Court of Justice Case C-10/18 P, not yet decided.

(60) Case M 6850, decision of 30 September 2013.

(61) Commission Press Release IP/18/3522, 24 April 2018.

(62) Commission Press Release IP/17/1924, 6 July 2017.

(63) Case T-425/18 *Altice v Commission*, not yet decided.

(64) Case C-633/16 EU:C:2018:371.

tially the question was whether the parties to a proposed merger had infringed the standstill obligation by taking steps preparatory to the actual acquisition of control. The Court of Justice ruled that ‘a concentration is implemented only by a transaction which, in whole or in part, in fact or in law, contributes to the change in control of the target undertaking.’ It will now be for the Danish Court, to which the matter was remitted, to make a decision on the actual facts of the case; however it seems highly likely that the conclusion in this case will be that there had not been gun-jumping.

IV. Conclusion

The adoption of the new Argentinian Competition Act is very welcome. Speaking as someone who has visited several countries in Latin America to discuss competition law over the past decade it has often struck me that Argentina was significantly ‘behind the game’. The changes that have been made are substantial ones that bring Argentina into alignment with best practice elsewhere in the world (not only in Latin America). The next decade should be very interesting!

Traducción

Comentarios y evaluación general de la ley 27.442 desde una perspectiva europea del derecho de la competencia

RICHARD WHISH (*)

La sanción y entrada en vigencia, en mayo de 2018, de la nueva Ley argentina de Defensa de la Competencia debe ser altamente bienvenida. Durante muchos años Argentina ha marchado significativamente a destiempo en relación con otros países, no solo en Latinoamérica, en términos de política de competencia. La ley 27.442 coloca a la situación de Argentina sustancialmente en línea con las mejores prácticas de otros países del mundo. En este aporte, comentaré la nueva ley desde la perspectiva de alguien cuya carrera estuvo predominantemente vinculada al derecho de la competencia de la Unión Europea y del Reino Unido.

I. Instituciones

Para mí, el rasgo más llamativo de la nueva Ley de Defensa de la Competencia son los cambios institucionales que implica.

(*) Profesor emérito de Derecho, King’s College, Londres. QC (Hon).

1.1. Autoridad Nacional de la Competencia

Una característica notoria del sistema argentino del derecho de la competencia que lo distingue de muchos (si bien no de todos) de los otros regímenes, es que las decisiones las tomaba un político (la Secretaría de Comercio), sobre la base de un dictamen (no vinculante) de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que depende del Ministerio. Las disposiciones de la ley 25.156, del año 1999, que dispuso el establecimiento de un Tribunal de Defensa de la Competencia nunca fueron aplicadas. Para decirlo de otro modo, a Argentina le faltó una autoridad genuinamente independiente en materia de Competencia. La Revisión de Pares de Derecho y Política de la Competencia en Argentina de la OCDE del año 2006, recomendó la creación de un organismo independiente, y que la facultad del Poder Ejecutivo de intervenir en casos de Competencia debe limitarse estrictamente a casos de “superior interés público”.

De conformidad con la nueva ley, se crea una Autoridad Nacional de la Competencia, que consiste en un Tribunal de Defensa de la Competencia y dos Secretarías para la investigación de prácticas anti-competitivas y fusiones, respectivamente; el Tribunal será el que tomará las decisiones en los casos concretos, libre de interferencias políticas. En las apelaciones contra las decisiones del Tribunal entenderá una flamante Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la órbita de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Esto alinea la situación argentina con la práctica vigente en la UE donde, como regla general, toman las decisiones autoridades independientes en materia de competencia (esto es, la Comisión Europea en el nivel de la UE o las autoridades nacionales de los 28 Estados Miembros que son, en su mayoría, autónomas [ver más abajo]). Los cambios que trae la nueva legislación argentina me inspiraron varias ideas.

En primer lugar, creo que —como concepto general— es altamente deseable que las decisiones sobre derecho de la competencia deba tomarlas un organismo independiente, libre de interferencia política. En el Reino Unido, los Ministerios no han tomado parte en las decisiones antitrust desde la entrada en vigencia de la Ley de la Competencia de 1998; y el control de las fusiones le asigna un rol al Ministerio solo en un rango muy estrechamente definido de “casos de interés público” (1). Por supuesto, existe en este momento, el surgimiento de un sentimiento ampliamente difundido contrario a la globalización, a la adquisición por extranjeros de negocios internos, el temor de la pérdida de la propiedad intelectual local y tendencias similares: esto favorece las demandas de leyes más estrictas sobre fusiones. Hace poco, el derecho del RU fue modificado para fortalecer las facultades del Gobierno para revisar las fusiones que impliquen inversiones extranjeras y que podrían tener consecuencias para la seguridad nacional (2); la Comisión Europea también propuso

un marco para la vigilancia de las inversiones extranjeras directas en la UE sobre la base de la seguridad o el orden público (3).

Como institución no hay dudas de que la Comisión Europea es independiente de los gobiernos nacionales de la UE. La Comisión es una institución nacional que aplica el derecho de la competencia de la UE, que cobra primacía por sobre las leyes de los Estados Miembros de la UE. El Colegio de 28 Comisionados toma las decisiones formales; su compromiso es con los tratados de la UE, no con los Estados Miembros que lo designaron. Los Gobiernos Nacionales no pueden vetar las decisiones de la Comisión Europea; tampoco pueden ordenar a “sus” Comisionados que voten en determinado sentido. Por supuesto, cuando los Comisionados individuales toman una decisión en un caso en particular, son conscientes del *Zeitgeist* político; sin embargo, toman sus decisiones libres de toda influencia política directa. Algunas de las decisiones jurídicas más controvertidas sobre competencia en cualquier parte del mundo en los últimos años —p. ej., Microsoft (4), Google Shopping (5) y Google Android (6)— fueron adoptadas por la Comisión Europea. Es interesante especular respecto a si la autoridad en materia de Competencia de uno de los Estados Miembros habría estado preparada para adoptar estas decisiones: tal vez solo una institución tan “poderosa” —tan “independiente”— como la Comisión Europea podría o habría adoptado estas decisiones.

2018, SI 2018/578 y la Ley de Derecho Empresario 2002 (Test de traspaso de mando) (modificación). Orden 2018, SI 2018/93; véase también la “Guía sobre cambios a los umbrales jurisdiccionales para un control de fusión del RU”, de la CMA, CMA 90, junio de 2018, todo accesible en www.gov.uk/cma.

(3) Comunicado de Prensa de la Comisión, IP/17/3183, accesible en www.ec.europa.eu.

(4) Decisión de la Comisión del 24/3/2004, confirmado en apelación Caso T-201/04 “Microsoft Corp. vs. Comisión” EU-T-2007:289.

(5) Decisión de la Comisión del 27/6/2017, en apelación, Caso T-612/17 “Google vs. Comisión”, decisión pendiente.

(6) Decisión de la Comisión del 18/7/2018, en apelación, Caso T-18 “Google vs. Comisión”, decisión pendiente.

(1) Para un análisis de las disposiciones relevantes de la Ley de Derecho Empresario del RU de 2002, véase WHISH - BAILEY, *Derecho de la competencia*, 9ª ed., OUP, 2018, ps. 986-991.

(2) Véase Ley de Derecho Empresario 2002 (Test de participación en el mercado) (modificación). Orden

Dije arriba que las autoridades nacionales en materia de Competencia de los Estados Miembros de la UE son “en su mayor parte” autónomas. Sin embargo, durante un tiempo ha habido preocupación de parte de la Comisión Europea que, en algunos Estados Miembros al menos, las autoridades no están tan libres del control político como debería ser. Como resultado la Comisión presentó, en el año 2017, un borrador de directiva diseñado para facultar a las autoridades nacionales para ser ejecutores más efectivos del derecho de la competencia (7); en particular, la directiva persigue garantizar la independencia de las autoridades, que tengan recursos adecuados y que posean las facultades de ejecución necesarias y de imponer multas, para prevenir distorsiones de la competencia. A esta iniciativa se la conoce como propuesta “ECN+” o “ECN más”. El Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros arribaron a un acuerdo político provisional sobre la propuesta de la Comisión el 30 de mayo de 2018 (8) y se anticipa que la directiva estará en vigencia para octubre de 2019.

I.2. Sala de Apelaciones Especializada

Un punto institucional bastante distinto respecto de la nueva ley argentina es la decisión de crear una Sala de Apelaciones especializada. En los sistemas de apelaciones de la UE contra la Comisión Europea son adoptadas por la Corte General y en última instancia, sobre cuestiones de derecho, ante la Corte de Justicia. Sin embargo, no hay una Cámara especialista en cuestiones de derecho de la competencia dentro de la Corte General. Por supuesto, hay jueces allí (p. ej.: Marc van der Woude y Ian Forrester) que hicieron ilustres carreras en el derecho de la competencia y tienen muchísimo conocimiento y experiencia en la materia; sin embargo, esto es algo distinto de tener una Cámara designada para especializarse en casos de derecho de la competencia. La situación en Argentina se parece más a la del RU, donde las decisiones de la Autoridad en Competencia y Mercados tienen audiencia ante el Tribunal de Apelaciones en

materia de Competencia (el “CAT”) (9). El Tribunal (y su antecesor, la Cámara de Apelaciones de la Comisión de la Competencia) existió desde el año 2000, y se convirtió en una parte altamente sofisticada del sistema del derecho de la competencia del Reino Unido. Su rango de funciones se expandió considerablemente a lo largo de los años y, además de entender en apelaciones, incluye audiencias por reclamo de daños y perjuicios, tanto del tipo *follow-on*, en las que la Comisión Europea o la Autoridad en Competencia y Mercados ya hubiere declarado que hubo una violación al derecho de la competencia, o una acción individual, en la que el demandante demanda directamente a uno o más demandados alegando que se ha violado el derecho de la competencia. Las acciones colectivas (tanto las *opt-in* cuanto las *opt-out*) pueden también presentarse ante la CAT. Es destacable que, en Argentina, las demandas por daños y perjuicios no son atendidas por una Sala de Apelaciones Especializada, sino por los tribunales comerciales ordinarios. Es posible que, oportunamente, se evalúe la posibilidad de permitir que un Tribunal Especializado entienda en los reclamos de daños por violación al derecho de la competencia.

Un rasgo a destacar de la CAT en el RU es que sus miembros incluyen no solo abogados sino también individuos con otros antecedentes profesionales, en particular, economistas. La CAT actúa dividida en tres salas, y siempre que en un caso se plantean temas económicos, al menos uno de sus miembros debe ser economista. No hay duda de que esto suma mucho a la calidad de las decisiones de la CAT. El Capítulo XI de la nueva ley argentina, que prevé una Sala de Apelaciones Especializada, parece no prever la inclusión de un economista, lo que podría ser una cuestión a revisar en años venideros.

II. Una ley más estricta contra los acuerdos horizontales

La ley 25.156, del año 1999, prohibía los acuerdos horizontales “de los que pueda resultar daño al interés económico general”. La Revisión de Pares de la OCDE, del año 2006, planteó que la ley era en alguna medida ineficaz:

(7) COM (2017) 142 final, 22/3/2017, accesible a www.ec.europa.eu.

(8) Véase Declaración de la Comisión 18/3996, accesible en www.ec.europa.eu.

(9) Para un análisis de la obra de la CAT, véase WHISH - BAILEY, *Derecho de la competencia*, cit., ps. 72-74.

No hay una regla *per se* en Argentina. Debe demostrarse que la violación ha causado perjuicio al “interés económico general”. Sin embargo, los funcionarios públicos no ven a la falta de una regla *per se*, como un obstáculo a su esfuerzo contra las cartelizaciones.

Existe la sospecha (confirmada extraoficialmente por operadores del sector privado) que la actividad de cárteles es profusa en Argentina. Si esto es así, puede deberse en parte a que la comunidad de negocios no es totalmente consciente de que tal conducta es ilegal y que puede llevar a la imposición de fuertes sanciones. En este sentido, algunos casos de cartelización, si existen, son “naïves”. También puede haber dudas sobre el compromiso de la Autoridad Nacional de la Competencia en cuanto a su esfuerzo anti-cartelización. Los casos recientes del cemento y el oxígeno son muy importantes en este aspecto, si envían las señales correctas a los hombres y mujeres de negocios y al público en general. Sin embargo, en algunos ambientes se ha visto con escepticismo a estas decisiones; algunos las interpretaron como simple parte de un esfuerzo anti-inflacionario del gobierno. Las decisiones no se traducen, a los ojos de estos observadores, en un genuino esfuerzo de parte de los funcionarios ejecutivos encargados de llevar a juicio y castigar la cartelización como una violación grave en sí misma. Es obviamente necesario el seguimiento de los procesos judiciales por cartelización por parte de las autoridades, a fin de corregir esta impresión, en la medida en que ella exista.

Fue difícil para la Comisión desarrollar un programa anti-cárteles eficaz. Los allanamientos, la herramienta más efectiva, fueron utilizados en pocos casos. La percepción es que son difíciles de llevar a cabo, y también que demandan demasiados recursos. No hay un programa de clemencia en vigencia y no ha habido, desde principios del año 2006, movimientos de trascendencia para crear uno. La alta tasa de personal traspasado, tema que se analizará con

mayor profundidad más abajo, resulta en una falta de memoria institucional, la cual es especialmente importante en el esfuerzo anti-cárteles. Las investigaciones anti-cárteles exigen técnicas altamente especializadas y sofisticadas, las cuales usualmente solo pueden desarrollarse si se cuenta con experiencia.

La Revisión de Pares planteó que existían varias explicaciones para la falta de una acción ejecutiva eficaz contra los cárteles en Argentina. Varios rasgos de la nueva Ley de Competencia tienen por objeto contribuir a un régimen de ejecución más estricto, cada uno de los cuales resulta de interés cuando se lo mira desde una perspectiva de la Unión Europea o del Reino Unido.

II.1. Presunción de ilegalidad de ciertos acuerdos horizontales

El art. 2º de la nueva ley establece la presunción de ilegalidad de ciertos acuerdos horizontales. Básicamente, se presume que los acuerdos para la fijación de precios, límites de producción, división de mercados o colusión en licitaciones causan daño al interés económico general. El resultado de esta presunción es que no será necesario que el Tribunal de Defensa de la Competencia tenga demostrado que tales acuerdos dañan a la Competencia: la ley lo presume. La intención es que, reduciendo la carga de la prueba para el Tribunal, será más fácil arribar a una condena en un caso claro de cártel. Según entiendo la situación, la presunción que contiene el art. 2º de la nueva ley permite que las partes del acuerdo de cártel la refuten, produciendo prueba de que no existe tal daño (10); sin embargo, la carga de hacerlo pesa sobre ellas y no sobre el Tribunal. Se sigue que el art. 2º no introduce una regla *per se* tal como se emplea el término en el derecho de EE.UU. Un convenio horizontal cuyo núcleo duro es la fijación de precios es *per se* ilegal de acuerdo con el art. 1º de la Sherman Act en el sentido de que, si se prueba que existe, es ilegal sin impor-

(10) El art. 29 de la ley contiene una disposición que permite al Tribunal de Defensa de la Competencia autorizar un acuerdo, incluso del tipo establecido en el art. 2º, si no resulta perjudicial para el interés económico general.

tar si podría o no causar daño económico (p. ej., aumento de precios) o si podría o no compensarse con eficiencia económica. Para decirlo de otro modo, algunos acuerdos son *automáticamente* ilegales según la ley de EE.UU. sin necesidad de realizar un análisis económico de sus efectos. La mayoría de los acuerdos según la ley de EE.UU. no caen en la categoría de ilegalidad *per se*, pero deben en cambio ser sometidos a la “regla de la razón”, que sí exige un análisis económico. Los acuerdos de la clase establecida en el art. 2º de la nueva ley argentina son de los que en Estados Unidos serían ilegales *per se*.

La postura del art. 2º de la Ley de Competencia es más la de la sección 101 del Tratado de Roma (TFEU), según los cuales no existe la ilegalidad *per se* en el sentido de EE.UU. La sección 101 [1] prohíbe los acuerdos que tengan por “objeto o efecto” la prevención, restricción o distorsión de la competencia; la sección 101 [3] dispone la validez de los acuerdos (tanto los que restringen la competencia por su objeto cuanto por su efecto) si las partes pueden cumplir los cuatro requisitos de dicha disposición, que esencialmente exige la demostración de eficiencias económicas que producirán un beneficio a los consumidores. Dentro de la sección 101 [1] hay ciertos acuerdos que restringen la competencia “por su objeto”: en este caso no se exige un análisis de los efectos del acuerdo; en otras palabras, hay una *presunción* de que están atrapados: esto es análogo a la presunción establecida en el art. 2º de la ley argentina. Si un acuerdo no restringe la competencia por su objeto, se requiere un completo análisis de sus efectos para poder declararlo ilegal. Todo acuerdo —sea restrictivo por objeto o por efecto— puede ser defendido de acuerdo con la sección 101 [3] siempre que las partes del acuerdo puedan demostrar que se obtendrán eficiencias.

Me parece que la nueva ley argentina funcionará de manera similar a la sección 101 en el caso de los tipos de acuerdo que se mencionan en el art. 2º. En la medida en que un acuerdo en particular caiga dentro de los términos de esa disposición (p. ej. un acuerdo que fije precios de venta) el Tribunal contará con la presunción de ilegitimidad y no tendrá que demostrar de qué modo el acuerdo daña a la Competencia.

Si las partes del acuerdo logran demostrar que el acuerdo no causará perjuicio al interés económico general, será entonces competencia del Tribunal evaluar la prueba y entonces, o bien estimarla y desestimar el caso, o rebatirla y dictar una decisión declarando la violación. Dicha decisión puede entonces ser objeto de apelación ante la Sala de Apelaciones Especializada. En la UE la Comisión cuenta con el beneficio de la presunción de que ciertos acuerdos que restringen la competencia por su objeto son perjudiciales para la competencia; pesa sobre las partes, entonces, demostrar que se dan los extremos de la sección 101 [3].

Este enfoque de los acuerdos de núcleo duro de cártel me recuerda dos ideas en particular sobre el tratamiento de las restricciones “por el objeto”: en primer lugar, ¿por qué el derecho de EE.UU. reconoce la categoría de restricciones por el objeto en primer lugar? Segundo: ¿es posible defender las restricciones por el objeto de acuerdo con la sección 101 [3]? Cada una de estas cuestiones es atendida en el libro que escribí en co-autoría con David Bailey. En la página 127 preguntamos específicamente por qué el derecho de los EE.UU. reconoce las restricciones por el objeto:

(vi) ¿Por qué la sección 101 [1] prohíbe las restricciones por el objeto sin prueba de efectos anti-competitivos?

El voto de la abogada General Kokott en *T-Mobile*(11) incluye un interesante debate sobre porqué la sección 101 [1] hace una distinción entre restricciones por el objeto y por el efecto. En primer lugar, la clasificación de ciertos tipos de acuerdo como “restrictivos por el objeto” ‘*protege razonablemente los recursos de la autoridad en materia de competencia y al sistema judicial*’ (12). El hecho que la Autoridad Nacional de la Competencia no tenga que demostrar, por ejemplo, que un acuerdo de precios horizontal produce efectos económicos adversos la releva de cierta carga que, de no ser así, pesaría sobre ella. En segundo lugar, la Abogada General señaló que la existencia de restricciones por el objeto “crea una certeza jurídica y permite a todos

(11) Caso C-8/08 UE: C:2009:110.

(12) Ídem, párr. 43.

los participantes del mercado a adaptar su conducta consecuentemente” (13) agregando que, si bien no debe darse al concepto de restricción por el objeto una interpretación indebidamente amplia, tampoco debe ser interpretada de manera tan restrictiva como para privarla de su eficacia práctica (14). En tercer lugar, señaló que, de igual modo como la ley que prohíbe conducir automóviles bajo la influencia del alcohol no existe, para que se dicte condena, que el conductor causa un accidente —es decir, la prueba de un resultado— así, del mismo modo, la sección 101 [1] prohíbe ciertos acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia, sin importar si producen o no efectos adversos en el mercado, en determinado caso (15); tales acuerdos estarán permitidos, por lo tanto, solo si las partes pueden demostrar que producirán eficiencias económicas del tipo establecido en la sección 101 [3], y que una buena parte de tales eficiencias beneficiarán a los consumidores. Los autores de este libro coinciden con este análisis, sujeto a la advertencia de que en la categoría de “por el objeto” se incluyan solo aquellos acuerdos que realmente pertenezcan a ella.

En las páginas 126 y 127 atendemos a una cuestión distinta, esto es, si las restricciones por el objeto pueden ser defendidas de acuerdo con la sección 101 [3]:

(v) *Es posible justificar restricciones por el objeto de acuerdo con la sección 101 [3]?*

Tal como se explicará en el capítulo 4 (16), es importante comprender que es posible justificar un acuerdo que restrinja la competencia por el objeto de conformidad con la sección 101 [3] (17). Esto fue afirmado por el Tribunal General en “Matra Hachette vs.

Comisión” (18), fue expresamente reconocido por la Corte de Justicia en “Beef Industry Development Society” (19), “Glaxo Smith Kline vs. Comisión” (20) y “Pierre Fabre” (21), si bien la Corte de Justicia no llegó a una decisión definitiva sobre la aplicación del art. 101 [3] en esos casos. De manera similar cuando “Ski Taxi SA vs. Gobierno de Noruega” (22) fue nuevamente remitido a la Suprema Corte de Noruega (23), señaló que las compañías de taxi podían defender su “restricción por el objeto” sobre la base de eficiencias de acuerdo con la norma noruega equivalente a la sección 101 [3].

Una vez reconocido que los casos de restricción “por el objeto” pueden defenderse de acuerdo con la sección 101 [3], la clasificación de que un tipo particular de acuerdo cae dentro de la “caja del objeto” puede verse como lo que es: una presunción legal, pero que admite prueba en contrario (24). La presunción traslada la carga de la prueba de la Comisión a las partes, y dispone una estructura dentro de la cual analizar tales acuerdos. Las decisiones y/o lineamientos informales que interpretan que los acuerdos por el objeto satis-

under EU Competition Law” (2013) Fordham Corporate Law Institute (ed. Hawk), cap. 2.

(18) Caso T-17/93 UE T: 1994:89, párr. 85; véase en sentido similar Caso C-439/09 “Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SA” UE:C.201:649, párr. 49 y 57.

(19) Caso C-209/07 EU:C:2008:643: el caso fue remitido a la Alta Corte en Irlanda para que considere si se daban los requisitos del art. 101 [3]; sin embargo, BIDS retiró su defensa ante de que la Corte adoptara una decisión sobre el asunto: véase el Comunicado de Prensa de la Autoridad Irlandesa en materia de Competencia, 25/1/2011, accesible en www.tca.ie; para comentarios, véase Odudu “Restrictions of Competition by Object. What’s the Beef?” (2009), Derecho de la Competencia 11.

(20) Casos C-501/06 P etc. UE:C:2009:610.

(21) Caso C-439 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique UE:C:2011:649; se destaca que la Corte de Apelaciones de París sostuvo luego que la prohibición de Pierre Fabre a las ventas por internet no encontraba protección en la sección 101 [3]; sentencia del 31/1/2013.

(22) Caso E-3/16, sentencia del 22/12/2016.

(23) Sentencia del 22/6/2017, párr. 52.

(24) Caso E-3/16, sentencia del 22/12/2016.

(13) Ídem.

(14) Ídem, párr. 44.

(15) Ídem, párr. 47; véase en similar sentido, párr. 136 del AG Geelhoed en Caso C-407/04, P “Dálmine vs. Comisión” UE: C: 2006:547 (Tubos de acero sin soldadura).

(16) Véase cap. 4, “Todo tipo de acuerdo puede ser defendido de conformidad con la sección 101 [3]”, ps. 159-161.

(17) Un punto enfatizado por el ex Director General de DG COMP, Alexander Italianer “Competitor Agreements

facen las condiciones de la sección 101 [3] podrían dar lugar a una disminución de los casos en los que las empresas impugnen la distinción “objeto-efecto”: esto ocurre a veces por el error en la percepción de que solo las restricciones por el efecto pueden beneficiarse con la sección 101 [3] (25).

Sería de gran interés en los primeros años de la nueva ley argentina ver hasta qué punto la Autoridad detecta acuerdos de la clase que se presume ilegítima según el art. 2º, y cómo funciona en la práctica la presunción. Esta debe ser útil en términos de recursos; y es probable que se descubra que algunos cárteles son tan obviamente perniciosos que las partes que lo conformen no intentarán rebatir la presunción probando que son en el interés económico general. Sin embargo, la presunción en sí misma no transformará el panorama jurídico en Argentina: una ejecución efectiva requiere más que una presunción legal. Los Capítulos VII, VIII y IX de la nueva ley contienen importantes disposiciones adicionales que contribuirán a la eficacia de la ley, cada uno de los cuales será considerado a continuación.

II.2. Sanciones

La ejecución eficaz del derecho de la competencia requiere que haya sanciones que tengan un efecto suficientemente disuasivo. La detección de cárteles es muy difícil desde la perspectiva de una Autoridad Nacional de la Competencia, máxime que los cartelistas generalmente tienen cierta inclinación a ocultar las pruebas de su conducta ilegítima. No hay duda de que el enorme incremento en la ejecución de normas anti-cárteles por el Departamento de Justicia en EE.UU. y la Comisión Europea durante los últimos 25 años fue en parte debido

a la introducción de programas de clemencia efectivos. Sin embargo, un punto obvio es que, salvo que los cartelistas estén genuinamente preocupados por el hecho de que la conducta ilegal podría llevar a un castigo significativo — especialmente grandes multas— habrá poco incentivo para denunciar en primer lugar. Por lo tanto, las sanciones dolorosas y una política tolerante van de la mano.

El Capítulo VII de la nueva ley contiene varias disposiciones sobre sanciones, y claramente pueden ser dolorosas. Las normas argentinas no son las mismas que las de la UE, si bien hay varias similitudes evidentes. El art. 55 (b) de la ley establece que la multa que puede imponerse está en relación con el volumen de negocios afectado por la conducta ilegal: al igual que en las *Directrices para Fijar Multas* (26) de la Comisión Europea, el monto puede llegar hasta un máximo del 30% del volumen de negocios relevante. Una vez más como en el caso de las Directrices de la UE, esta cifra puede multiplicarse por la cantidad de años durante los cuales se haya desarrollado la conducta ilegítima: claramente esto significa que puede imponerse grandes multas a los cárteles de larga duración. En la UE, la Comisión declaró que el cartel de *Camiones* duró 14 años y en ese caso las multas ascendieron al total de 3.800 millones de euros (27). En el derecho argentino hay un límite general a la multa que puede imponerse en un caso, del 30% del volumen de negocios del grupo económico consolidado a nivel nacional. En la Unión Europea, su análogo es del 10% del volumen de negocios del grupo a nivel mundial. Una base alternativa para la multa en Argentina —que no existe en la Unión Europea y el Reino Unido— es dos veces el beneficio económico del acto ilícito. Claramente las multas en Argentina podrían ser muy altas: este ya es el caso en la UE. En los años recientes ha habido varios casos en los que la Comisión Europea impuso multas de más de 1.000 millones de euros: en casos de cárteles, además del ya mencionado caso de *Camiones*, se impusieron multas de 1.400 millones, 1.310 millones y 1.180 millones de euros, respectivamente en TV

(25) Nótese que la Comisión de la Competencia de Singapur, aplicando una disposición sustancialmente igual a la sección 101, concluyó en distintas oportunidades en que los acuerdos que restringen la competencia por el objeto producían “netos beneficios económicos” y eran, por ende, legítimos: véase v.gr.: United Airlines, Continental Airlines y All Nippon Airways, 4/7/2011, accesible en www.ccs.gov.sg; véase también la autorización de la Comisión Australiana de Competencia y Consumo de precios minoristas de herramientas eléctricas de conformidad con la Ley de Competencia y Consumo del 2010, 5/12/2014, accesible en www.accc.gov.au.

(26) OJ (1998) C9/03, accesible en www.ec.europa.eu.

(27) Decisiones de la Comisión del 19/7 y 27/9/2017.

y tubos para monitores de computadoras(28), Tasas de interés derivadas (EIRD)(29) y en Vidrios para automóviles(30). En casos de abuso de posición dominante, se impusieron multas de 1.060 millones, 2.420 millones y 4.340 millones de euros, respectivamente en Intel(31), Google Search (Shopping)(32) y Google Android(33). Será interesante ver en los años venideros qué nivel de multas impondrá el Tribunal en materia de Competencia cuando condene por violaciones a la Ley de Defensa de la Competencia. En opinión de este autor, el éxito de la ley dependerá de que se impongan multas lo suficientemente altas en los casos que correspondan: tal como se dijera arriba, es esencial que las empresas se sientan disuadidas de cometer violaciones a la ley, y que haya suficiente incentivo a los participantes en los cárteles ya existentes o futuros para que “denuncien” haciendo uso del programa de clemencia introducido por el Capítulo VIII de la nueva ley. También será importante que la Sala de Apelaciones Especializada comprenda que las multas disuasivas son parte integrante de un exitoso régimen jurídico de defensa de la competencia.

Un rasgo interesante del nuevo régimen de sanciones en Argentina es la posibilidad de que una empresa pueda ser suspendida del Registro de Proveedores del Estado por un período de hasta cinco años. Claramente la perspectiva de ser excluido de la participación en el sector público debe de tener un efecto disuasivo adicional en la nueva ley: la Autoridad Nacional de la Competencia tendrá que atraer la atención de la mayor cantidad posible de potenciales proveedores hacia esta disposición. Ni la UE ni el RU tienen una norma como esta.

El art. 56 de la ley argentina establece varios criterios que en Tribunal de Defensa de la Competencia debe tener en cuenta al determinar el nivel de multas. Tanto en la UE cuanto el RU hay lineamientos bastante elaborados que explican

cómo deben calcularse las multas, que incluyen circunstancias agravantes y atenuantes(34). Es posible que, después de que la nueva ley haya estado en vigencia por cierto tiempo y se haya ganado experiencia sobre el cálculo de las multas (lo cual incluye al Tribunal de Apelaciones especializado), sería útil que las pautas fueran publicadas en Argentina ampliando las disposiciones del art. 56.

El art. 57 de la ley contiene una disposición que dispone específicamente que las personas jurídicas son responsables por la conducta de sus empleados. Esta es una disposición inteligente, diseñada para contrarrestar el planteo de una sociedad en el sentido de que “no podemos controlar a nuestros empleados rebeldes” o que “hemos dictado cursos de entrenamiento en materia de competencia para evitar conductas ilegales, pero nuestros empleados desobedecieron las instrucciones”. La Corte Europea de Justicia declaró muy claramente en el año 2016 que un empleador es responsable por todo acto anti-competitivo de parte de un empleado porque, según el derecho de la UE, el empleador y el empleado son una sola y misma empresa, a los fines de las secciones 101 y 102 TFEU(35).

El art. 58 de la nueva ley prevé la responsabilidad personal para las personas físicas, que pueden ser ilimitada y solidariamente responsables por las violaciones de las personas jurídicas que por su acción u omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. Además de ser responsables por toda multa que pueda imponerse, tales personas también pueden ser inhabilitadas para ejercer el comercio durante el plazo de uno a diez años. Las personas solo tienen responsabilidad según el derecho de la competencia de la UE en la medida en que sean, ello mismo, “empresas” en el sentido de las secciones 101 y 102 TFEU(36). Sin embargo,

(28) Decisión de la Comisión del 5/12/2012.

(29) Decisión de la Comisión del 5/12/2013, modificada el 6/4/2016.

(30) Decisión de la Comisión del 12/12/2008.

(31) Decisión de la Comisión del 13/5/2009.

(32) Decisión de la Comisión del 27/6/2017.

(33) Decisión de la Comisión del 18/7/2018.

(34) Véase “Pautas para fijar multas” de la Comisión OJ(1998) C 9/3 accesible en www.ec.europa.eu y la “Guía para un adecuado monto de pena” OFT 423, año 2012, accesible en www.gov.uk/cma.

(35) Caso C-542/14 *VM Remonts* EU:C: 2016:578, párr. 24.

(36) Véase WHISH - BAILEY, *Derecho de la competencia*, cit., ps. 86-87.

el derecho de la competencia del RU sí prevé sanciones contra las personas físicas en determinadas circunstancias.

En primer lugar, está el delito de cártel, según el cual los individuos pueden ser condenados a prisión de hasta cinco años por participar en acuerdos que se presuman ilegales según el art. 2º de la ley argentina: esta disposición no ha sido particularmente exitosa, y ha habido solo tres casos en los cuales un total de cinco personas se confesaron culpables; no ha habido casos convertidos en los que se haya arribado a una condena (37).

La segunda situación en la que las personas físicas pueden resultar responsables a título personal se da cuando los directores de sociedades son declarados culpables de un delito. De acuerdo con el art. 9ª de la Ley de Inhabilitación de Directores de Sociedades de 1986 (modificada por la Ley de Sociedades del año 2002), el tribunal dictará una sentencia de inhabilitación (una “CDO”) contra una persona cuando una sociedad de la cual es director comete una violación a la Ley de Competencia de la UE y/o del RU (38) y el tribunal considera que su conducta como director lo hace inidóneo para tomar a cargo la dirección de una sociedad (39). Hay una Guía (40) sobre este procedimiento que dispone que, a estos fines, el término “director”, incluye al director *de facto* (41). Para decidir sin la conducta de un director lo hace inidóneo, el tribunal debe tener en cuenta si su conducta contribuyó o no a la violación de la Ley de Defensa de la Competencia, y si este no fuera el caso, si tuvo fundamentos razonables para sospechar una violación pero no adoptó medidas para evitarla; o en caso de que no haya tenido conocimiento de la violación, si debió saberlo (42). Además, el tribunal puede tener en cuenta su conducta como director de una

sociedad en relación con otras violaciones a la Ley de Defensa de la Competencia (43). El plazo máximo de inhabilitación es de 15 años (44), y durante ese tiempo configura delito ser director de una sociedad, actuar como administrador del patrimonio de una sociedad, promover, integrar o administrar una sociedad o actuar como síndico liquidador (45). Toda persona involucrada en la administración de una sociedad en contravención a una CDO responderá personalmente por las deudas de la sociedad (46) y podrá ser anotado en un Registro que llevará la Secretaría de Estado de Estrategia Comercial, Energética e Industrial (47).

La facultad que concede el art. 204 de la Ley de Empresas fue utilizada por primera vez en diciembre de 2016, cuando un director de Trod Ltd., que había sido multado por fijación horizontal de precios, se comprometió a no actuar como director de ninguna sociedad comercial en RU durante cinco años (48). En abril de 2018 dos directores de Frost Estate Agents Ltd. en Burnham-sobre-el-mar se comprometió a no ejercer como director de toda sociedad del RU durante, respectivamente, tres años y tres años y medio; ambos directores se habían involucrado activamente en el cártel de *Servicios Inmobiliarios para Vivienda* (49).

II.3. Programa de clemencia

Tal como se mencionara más arriba, una política anti-cártel exitosa en los últimos 25 años en la UE y los EE.UU. estuvo íntimamente vinculada a los programas de clemencia en esas dos jurisdicciones. Las empresas que participan en cárteles generalmente son plenamente conscientes de que su conducta es ilegítima y llegan muy lejos para mantenerlo en secreto y evitar ser detectados. Una herramienta crucial para las autoridades en materia de competencia es la posibilidad de conceder clemencia a

(37) Para un debate del delito de cártel véase WHISH - BAILEY, *Derecho de la competencia*, cit., ps. 437-446.

(38) CDDA 1986, art. 9A[2].

(39) Ídem, art. 9A[3].

(40) *Condenas a inhabilitación de directores en casos de Defensa de la Competencia*, OFT 510, junio de 2010.

(41) *Condenas a inhabilitación de directores*, párr. 2.3; véase también párr. 4.5.

(42) CDDA, 1986, art. 9A[5] y [6].

(43) Ídem, art. 9A[5][b].

(44) Ídem, art. 9A[9].

(45) Ídem, arts. 1[1] y 13.

(46) Ídem, art. 15[1][a].

(47) Ídem, art. 18.

(48) Comunicado de prensa de CMA, 1/12/2016.

(49) Véase Comunicado de Prensa de la CMA, 10/4/2018.

los “denunciantes”. El Capítulo VIII de la nueva ley prevé un programa de clemencia que recuerda mucho a los que funcionan en la UE y en los EE.UU. Muchas otras jurisdicciones que también tienen programas de clemencia.

En la UE la Comisión adoptó la actual “Comunicación sobre política de clemencia” en 1996 (50). Se garantiza total inmunidad a la primera empresa de un cártel que provea información a la Comisión que permita a esta llevar a cabo una inspección o descubrir una violación a la Sección 101. Deben cumplirse condiciones para acceder a la garantía de inmunidad, entre las que se incluyen que la cooperación sea genuina, continua y expeditiva; abandono de la actividad de cártel, salvo que la Comisión considere que seguir involucrándose es útil para preparar inspecciones; y no debe mediar destrucción, falsificación u ocultamiento de prueba relevante. Existe un sistema de indicadores para determinar quién tiene derecho a la inmunidad. Las empresas que provean a la Comisión más pruebas relevantes pueden tener derecho a reducciones en sus multas. El art. 60 de la nueva ley argentina está mucho más a tono con la *Comunicación* de la Comisión. Un rasgo del art. 60 que no existe en la práctica de la UE (pero sí en EE.UU. y en el RU) es la idea de “amnistía más”: esto es, una empresa que estuviera bajo investigación en relación con el cártel A y que informara sobre la existencia del cártel B (un cártel distinto del que viene investigándose) puede obtener una reducción de un tercio de la multa que tenga que pagar en relación con el cártel A.

El art. 61 dispone que las personas físicas pueden beneficiarse de los pedidos de clemencia de la sociedad en los casos en que pueda mediar responsabilidad personal en virtud del art. 58 de la ley. En este aspecto, la situación de Argentina se parece a la del RU, donde los individuos pueden quedar protegidos por el pedido de inmunidad de su empleador (51).

El nuevo programa de clemencia es un paso importante en la evolución del derecho de la competencia en Argentina. El desafío para la

Autoridad Nacional de la Competencia será hacerlo funcionar en la práctica, algo cuya dificultad no debe ser desestimada. Puede haber muchas dudas en la comunidad de los negocios en cuanto a utilizar el programa; y la Autoridad tendrá una curva de aprendizaje muy empinada. Será importante pedir consejos a otras autoridades, tanto de las que cuentan con programas de clemencia desde hace mucho tiempo cuanto de aquellas que hace poco que adoptaron uno. Tal como ya explicara, será necesario también que haya multas lo suficientemente altas para inducir a las empresas a presentarse como denunciantes.

II.4. Daños y perjuicios

La efectiva ejecución de la nueva Ley de Defensa de la Competencia también resultará favorecida por las disposiciones del Capítulo IX que prevén el derecho a indemnización de daños y perjuicios de todo aquel que sufra un daño por violación al derecho de la competencia. Ya hemos señalado el aumento de las penas de acuerdo con la Ley. Sin embargo, el hecho que los miembros de un cártel (o una empresa dominante) también puedan tener que pagar una significativa cantidad de dinero a sus “víctimas” claramente se suma a los riesgos que involucra la conducta anti-competitiva. Ya hemos mencionado más arriba las enormes multas que ha impuesto la Comisión Europea en algunos casos recientes de derecho de la competencia. Sin embargo, también es importante señalar que los reclamos por daños y perjuicios se han vuelto un lugar común en la UE hoy, y que a toda declaración de grave violación que hace la Comisión Europea (o las autoridades nacionales en materia de competencia) le sigue una demanda de daños y perjuicios. En el caso del cártel de *Camiones*, se dispararon reclamos en muchos Estados Miembros: un economista planteó que el daño causado a los consumidores de un cártel —que, recordaremos, duró 14 años— puede haber rondado los 100.000 millones de euros, una cifra que deja por el suelo a las multas impuestas en ese caso.

En la UE, siempre pudo demandarse daños y perjuicios por violación al derecho de la competencia, pero esta rama del derecho cobró renovado ímpetu con la sanción y entrada en vigencia de la *Directiva sobre Daños y Perjuicios*

(50) OJ (2006) C: 298/17.

(51) Véase *Applications for leniency and no-action in cartel case*, OFT 1495, julio de 2013.

de la UE⁽⁵²⁾ que pretendió eliminar muchos de los obstáculos a las demandas por daños que existía en los sistemas legales nacionales y generar un “campo de juego llano” para tales reclamos en toda la UE⁽⁵³⁾.

La práctica forense se ha transformado en los últimos años como consecuencia del aumento de la cantidad de demandas de daños y perjuicios. Con frecuencia, los estudios jurídicos arman grupos de litigios en materia de derecho de la competencia, conformados por personal especialmente entrenado para los litigios privados (históricamente, el derecho de la competencia consistió en la interacción con las autoridades públicas, no con litigantes privados). De allí que en una época el consejo profesional consistía principalmente en cómo interactuar con la autoridad (o autoridades) competentes en la materia, hoy es importante desde el día uno de este nuevo asunto, pensar en la posibilidad de tener que atender demandas por daños y perjuicios en el futuro. Por supuesto, esto puede tener implicancias cuando se trata de evaluar un pedido de clemencia. Hay un obvio incentivo para evitar una fuerte multa (en *Camiones*, las multas llegaron a los 3.860 millones de euros); sin embargo, el incentivo puede parecer menos atractivo si se cierne en el horizonte la posibilidad de ser solidariamente responsable por daños y perjuicios por 100.000 millones de euros. Surgió la preocupación en la UE en los años recientes en cuanto a que la cantidad de pedidos de clemencia puedan estar disminuyendo debido al incrementado riesgo de las demandas por daños y perjuicios, si bien no hay prueba empírica aún que demuestre que este es un problema real. Con esta idea, el art. 65 de la ley argentina establece un límite a la responsabilidad por daños cuando las víctimas puedan cobrar su indemnización de los otros miembros del cártel, y una disposición similar puede hallarse en la sección 11 de la Directiva sobre Daños de la UE.

Será de gran interés en los años venideros ver en qué medida las demandas pasan a integrar el panorama del derecho de la competencia. Los abogados (y sus clientes) irán familiarizándose con las disposiciones del Capítulo IX de la

ley; y el hecho de que las decisiones del Tribunal de la Competencia hagan cosa juzgada para los tribunales argentinos, en virtud del art. 63, agrega ímpetu a tales demandas. Aquí surgen posibilidades interesantes para el desarrollo de la práctica del derecho de la competencia. Tal vez valga la pena decir que para que progrese esta rama del derecho será necesario que los abogados no solo representen a los demandados (usualmente sociedades internacionales importantes con adecuados recursos para defenderse por sí mismas) sino que también puedan actuar por los demandantes que bien pueden carecer de fondos para sostener un proceso. En el RU, se introdujeron recientemente varios mecanismos colectivos (que incluyen la posibilidad de demandas *opt-out* entabladas por un grupo representativo) para asistir a los litigantes, si bien está por verse qué tan exitosos resultarán⁽⁵⁴⁾. Además, varios Estudios jurídicos se han establecido como especializados en representar a los demandantes más que a los demandados.

III. Control de concentraciones

El Capítulo III de la nueva ley argentina contiene importantes disposiciones sobre control de concentraciones. Si bien no todos, la mayoría de los ordenamientos del mundo exigen que las fusiones superiores a cierto umbral sean notificadas previamente a la autoridad competente en materia de derecho de la competencia: la concentración no puede concretarse hasta que no se conceda la autorización, a veces sujeta a condiciones. Las normas sobre Concentraciones en la UE exigen que “las concentraciones que tienen dimensión en la Unión Europea” sean notificadas previamente a la Comisión Europea, y el art. 7º de la ley impone la “obligación de quedarse quieto” que tiñe de ilegitimidad cerrar una transacción antes de la decisión de la Comisión. Pueden imponerse multas por infringir la obligación de quedarse quieto (véase más abajo). El RU prevé una excepción a la obligación de notificar las concentraciones, y pueden encontrarse otros ejemplos de notificación voluntaria, por oposición a obligatoria, (Singapur y, en el sector de las telecomunicaciones, Hong Kong son otros ejemplos).

(52) OJ (2014) L 349/1.

(53) Para un análisis, véase WHISH - BAILEY, *Competition Law*, cap. 8.

(54) Véase WHISH - BAILEY, *Derecho de la competencia*, cit., ps. 330-332.

Argentina se une ahora a la corriente principal, disponiendo la notificación obligatoria de las concentraciones que superen los umbrales establecidos en el art. 9º de la nueva ley, y configura delito continuar con la transacción sin la previa aprobación del Tribunal de la Competencia. El art. 14 exige que el Tribunal decida sobre el fondo de una fusión dentro de los 45 días de la presentación de la información correcta y completa; en los casos en que resulte necesario un examen más profundo, el plazo puede extenderse hasta 120 días más. El art. 55 de la ley dispone la imposición de multas para los casos llamados *gun jumping*.

La concentración económica siempre fue punible de conformidad con las Normas sobre Concentraciones de la UE. La primera multa (de 33.000 euros) por concentración económica en la UE fue impuesta en el año 1998 en el caso *Samsung*(55). En “AP Moller” (56) una multa más grande, de 219.000 euros se impuso por no notificar y consumir tres concentraciones que se descubrieron en el curso de la investigación de una concentración notificada. Para establecer el nivel de la multa, la Comisión señaló que la omisión de notificar no fue intencional pero que había mediado “culpa grave”. AP Moller era una empresa europea grande de la que cabía esperar que conociera bien las normas sobre control de concentraciones de la UE, y las concentraciones habían funcionado por un tiempo considerable antes que cayeran bajo la atención de la Comisión. Una circunstancia atenuante era que no había habido daño al proceso de competencia. Una multa mucho más grade de 20 millones de euros se impuso en “Electrabel/Compagnie Nationale del Rhône” (57) en el año 2009: la Comisión concluyó en que Electrabel había adquirido el control *de facto* de CNR varios años antes, en diciembre de 2003, sin haber recibido previa aprobación de la Comisión. La Comisión también impuso una multa de 20

millones de euros en el caso *Marine Harvest* donde *Marine Harvest*, mediante la adquisición del 48,5% en Morpol, había adquirido su control de facto (58); la decisión de la Comisión fue confirmada en apelación por la Corte General (59). La concentración misma fue liberada al final de la Fase I, sujeta a condiciones (60). El 24 de abril de 2018 la Comisión impuso una multa de 125 millones de euros a Altice por *gun jumping* (61); actualmente investiga la misma cuestión en “Canon/Toshiba Medical” (62). En el caso “Altice”, esa empresa intentó adquirir PT Portugal. La Comisión concluyó en que algunas cláusulas del acuerdo de compra daba como resultado que Altice adquiriera el derecho a ejercer una influencia decisiva sobre PT Portugal, por ejemplo concediendo a Altice derechos de veto sobre las decisiones relacionadas con el giro comercial ordinario de PT Portugal; y que, en ciertos casos, Altice en realidad ejercía una influencia decisiva sobre aspectos comerciales de PT Portugal, por ejemplo dando a PT Portugal instrucciones sobre cómo llevar adelante una campaña de marketing y buscando y recibiendo detallada información comercialmente sensible respecto de PT Portugal por fuera del esquema de todo acuerdo de confidencialidad. El caso está en apelación ante la Corte General en Luxemburgo (63).

La Corte de Justicia proveyó recientemente una importante guía sobre qué configura concentración económica en “Ernst & Young P/S vs. Konkurrenterdel” (64). Este caso fue remitido a la Corte por un tribunal de apelaciones

(58) Decisión de la Comisión del 23/7/2014; para comentario véase KADAR - MAUGER, “Harvesting salmon, jumping guns: the Marine Harvest early implementation case”, informe sobre fusiones en materia de Competencia 1/2014, accesible en www.ec.europa.eu/competition/publications/cpm.

(59) Caso T-704/14, “Marine Harvest ASA vs. Comisión”, EU:T:2017:753, en apelación ante la Corte de Justicia, Caso C-10/18 P, pendiente de decisión.

(60) Caso M 6850, decisión del 30/9/2013.

(61) Comunicado de Prensa de la Comisión IP/18/3522, del 24/4/2018.

(62) Comunicado de Prensa de la Comisión IP/17/1924, del 6/7/2018.

(63) Caso T-425/18, “Altice vs. Comisión”, pendiente de resolución.

(64) Caso C-633/16 EU:C:2018:371.

(55) Caso M 920, decisión del 18/2/1998, OJ (1999) L 225/12.

(56) Caso M 969, decisión del 10/2/1999, OJ (1999) L 183/29.

(57) Caso M 4994, decisión del 10/6/2009; confirmada en apelación por la Corte General Caso T-332/09 Electrabel vs. Comisión EU:T:2012:672, y en apelación ante la Corte de Justicia Caso C-84/13 P EU:C:2014:2040.

de Dinamarca que entendía en una apelación contra una multa impuesta por la Autoridad en materia de Competencia danesa por concentración económica. En sustancia, la cuestión era si las partes de un proyecto de concentración económica habían violado la obligación de “quedarse quietos” al adoptar medidas preparatorias para la efectiva adquisición del control. La Corte de Justicia decidió que “la concentración solo se concreta mediante una transacción que, en todo o en parte, de hecho o de derecho, contribuya al cambio de control de la empresa objetivo”. Tocaré ahora a la Corte danesa, a la que se remitió el asunto, decidir sobre los hechos reales del caso; sin embargo, parece altamente probable que la conclusión

de este caso será que no ha habido concentración económica.

IV. Conclusión

La adopción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina es bienvenida. Hablando como alguien que ha visitado varios países de Latinoamérica para debatir el derecho de la última década, con frecuencia me ha llamado la atención que Argentina estaba notablemente “a la zaga”. Los cambios realizados son sustanciales y colocan a Argentina en línea con las mejores prácticas de otros países del mundo (no solo en Latinoamérica). ¡La década que se viene será muy interesante!

La nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina: algunas consideraciones desde la perspectiva europea

JAIIME FOLGUERA CRESPO Y PABLO SOLANO DÍAZ (*)

I. Introducción

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina con fecha 15 de mayo de 2018 (en adelante, la “LDC”) presenta notables cambios, tanto en el plano institucional como en el nivel de las normas procedimentales y de fondo, que acercan el régimen argentino y el vigente en las jurisdicciones europeas. El propósito de estos comentarios es estudiar similitudes y divergencias con el sistema instaurado en la Unión Europea (la “UE”) por el Tratado de la Unión Europea (el “TUE”) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”), así como por las normas de derecho derivado que los complementan y, en particular, el Reglamento 1/2003 (1) y el Reglamento 139/2004 (2).

Las siguientes secciones comienzan por presentar los aspectos clave del sistema de la UE y del régimen establecido por la LDC, distinguiendo entre los elementos sustantivos, procesales e institucionales. A continuación, se procede a un ejercicio de exposición comparada de ambos ordenamientos en el que se proponen posibles interpretaciones de la LDC a la luz de la experiencia acumulada durante más de me-

dio siglo de aplicación de las normas de defensa de la competencia en Europa. Finalmente, se extraen conclusiones que sirven de corolario de lo expuesto.

II. Panorámica del sistema de la Unión Europea

II.1. Aspectos sustantivos

Con carácter previo, creemos necesario detenernos en la presentación del modelo imperante en la UE, a modo de marco de referencia de la subsiguiente comparación entre ambos ordenamientos. Para ello, debe partirse de la idea del papel que cumplen las normas de defensa de la competencia no solo como instrumentos para garantizar la autonomía de los agentes económicos y sus decisiones empresariales y evitar las distorsiones originadas por empresas con elevado poder de mercado, sino también como pilar fundamental del establecimiento del mercado interior en los Estados miembros de la Unión. Esto distingue al europeo de cualquier otro ordenamiento de competencia existente en el mundo y que determina la presencia de ramas endémicas como el régimen de control de ayudas estatales.

En efecto, la abolición de las barreras regulatorias, arancelarias, fiscales y de otra índole al comercio entre Estados miembros podría verse truncada si la competencia en el seno del mercado único se viera falseada por la actuación privada. Esta es una de las *ratio legis* del Capítulo I del Título VII del TFUE, cuya aplicación está confiada, ante todo, a la Comisión Europea

(*) Abogados de Uría Menéndez en Madrid y Bruselas.

(1) Reglamento (CE) nro. 1/2003 del Consejo, del 16/12/2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado [actualmente 101 y 102 del TFUE], DO L 1/1, 4/1/2003.

(2) Reglamento (CE) nro. 139/2004 del Consejo, del 20/1/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24/1, 29/1/2004.

dentro de la función de “motor de la integración” y “garante de los Tratados” que le confía el art. 17 del TUE.

En lo que respecta al marco sustantivo, las normas básicas son los arts. 101 y 102 del TFUE. El art. 101 prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas cuyo objeto o efecto sea restringir la competencia dentro del mercado interior. Por su parte, el art. 102 del TFUE prohíbe la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. La aplicación de ambos preceptos a una conducta está condicionada a que esta pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. De lo contrario, solo serán aplicables las normas nacionales equivalentes.

El art. 101 del TFUE ampara una concepción expansiva que solo exige la “conurrencia de voluntades” (3), que incluye los acuerdos colusorios y las prácticas concertadas, entendidas como la sustitución consciente de los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre competidores (4) con independencia de su naturaleza no vinculante, su forma, su carácter expreso o tácito, o su aplicación o cumplimiento efectivos. Además, el carácter restrictivo por objeto es alternativo y no cumulativo respecto del carácter restrictivo por efecto (5), pues aquel se reserva para las conductas colusorias que, a la luz de su contexto jurídico y económico, “revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos” (6).

Una segunda distinción relevante es la que cabe entre restricciones verticales, es decir,

(3) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 26/10/2000 en el asunto T-41/96 “Bayer c. Comisión”.

(4) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 16/12/1975 en los asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 *Suiker Unie*, párr. 191.

(5) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 30/6/1966 en el asunto 56/65, “*Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*”, p. 249.

(6) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 11/9/2014 en el asunto C 67/13, “*Groupement des cartes bancaires c. Comisión*”, párr. 49.

acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operan en planos distintos de la cadena de distribución y referidos a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, tal y como se definen en el Reglamento 330/2010 (7), y los acuerdos horizontales, concluidos entre competidores reales o potenciales, o incluso entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos, pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales (8). Las restricciones verticales pueden igualmente infringir el art. 101.1 del TFUE por su objeto (esencialmente, cuando suponen la restricción por parte del vendedor de la libertad del comprador de revender al precio, en los mercados y a los clientes que estime convenientes) o por su efecto.

El ordenamiento de la UE no contempla una regla de la razón similar a la estadounidense. Por el contrario, el análisis a la luz del art. 101.1 del TFUE se limita a establecer el objeto o el efecto anticompetitivos, mientras que las posibles eficiencias o aspectos pro-competitivos se valoran en un segundo plano en sede de justificación al amparo del art. 101.3 del TFUE. De este modo, cualquier infracción del apartado 1 de aquel precepto es susceptible de ulterior justificación si cumple las exigentes condiciones cumulativas del apartado 3. En concreto, un acuerdo restrictivo de la competencia puede resultar autorizado en atención a su contribución a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, la participación equitativa de los consumidores en sus ventajas, la imposición tan solo de las restricciones indispensables para la consecución de las eficiencias y la no eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios afectados. Finalmente, las restricciones por efecto, no así aque-

(7) Reglamento (UE) nro. 330/2010 de la Comisión del 20/4/2010 relativo a la aplicación del art. 101, apart. 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 102/1, 23/4/2010.

(8) Comunicación de la Comisión - Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 11/1, 14/1/2011, párr. 1.

llas cuyo objeto sea anticompetitivo, pueden no infringir el art. 101.1 del TFUE si dicho efecto no es significativo (9).

El régimen del art. 102 del TFUE es algo distinto y se basa en la noción de “especial responsabilidad de no distorsionar la competencia” (10) de las empresas dominantes, necesario contrapeso de la independencia de comportamiento frente a competidores y clientes con la que se identifica la posición de dominio. Ello determina que, en principio, no opere la regla *de minimis* y que la posibilidad de una justificación *ex post* basada en las eficiencias, a imagen del art. 101.3 del TFUE, sea una construcción jurisprudencial y, por el momento, meramente teórica (11). Por lo tanto, la defensa en materia de abuso de posición de dominio se limita en la práctica al elemento del tipo relativo a la justificación objetiva. Es, también difusa la distinción entre abusos *per se* y por efectos, a diferencia de la delimitación de las infracciones por objeto y por efecto a la que se refiere el propio art. 101.1 del TFUE.

Por su parte, el sistema de control de concentraciones no se encuentra regulado en los Tratados. Este control se contempla en el Reglamento 139/2004 y en las normas que lo desarrollan, dado su origen histórico sobrevenido, y tiene como elementos clave la noción de control como posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la estrategia comercial, la obligación de notificación y suspensión previas si se cumplen los umbrales basados en el volumen de negocios de las empresas afectadas, es decir, del grupo adquirente y del grupo adquirido, y un análisis sustantivo basado en el estándar del obstáculo significativo a la competencia efectiva.

(9) *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea - Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apart. 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (comunicación *de minimis*), DO C 291/1, 30/8/2014.

(10) *Vid.*, por todas, las sentencias del Tribunal de Justicia, del 9/11/1983, en el asunto 322/81, “Michelin c. Comisión”, párr. 57, y del Tribunal General, del 1/7/2010, en el asunto T-321/05, “AstraZeneca c. Comisión”, párr. 355.

(11) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 6/10/2015 en el asunto C-23/14, “Post Danmark c. Konkurrenceradet (Post Danmark II)”, párr. 48.

Por último, baste simplemente mencionar los arts. 107 y 108 del TFUE, relativos al control de las ayudas estatales, y los arts. 4.3 del TUE y 106 del TFUE, que impiden a los Estados miembros adoptar medidas contrarias a los Tratados, en general, y a las normas de defensa de la competencia, en particular. La extensión de la salvaguarda de la competencia en el mercado interior a la actuación de los Estados miembros, complemento lógico de las normas aplicables al comportamiento de las empresas, es propia de un sistema supranacional como el de la UE y, por lo tanto, de limitado valor comparativo a los efectos de este análisis.

II.2. Aspectos procesales

En lo concerniente al procedimiento sancionador, la Comisión goza de amplios poderes de inspección y de solicitud de información y, a diferencia de algunas normas nacionales (como la española) de una significativa discrecionalidad en relación con los tiempos de tramitación de cada fase. Al amparo de los arts. 17 y 18 del Reglamento 1/2003, puede llevar a cabo inspecciones domiciliarias y dirigir solicitudes de información simples o por decisión, bajo pena de multas de hasta un 1% del volumen de negocios en caso de proporcionar información engañosa o inexacta y de multas coercitivas si no se responde en tiempo a una solicitud por decisión.

En cuanto al desarrollo de las actuaciones, existe una primera fase de diligencias previas a la iniciación del procedimiento formal, que se produce o bien con el envío del pliego de cargos, o bien con un análisis preliminar en el caso de que las empresas interesadas ofrezcan compromisos conforme al art. 9º.1 del Reglamento 1/2003 o con la apertura de consulta pública cuando la Comisión se proponga adoptar una decisión de compromisos del art. 9º o de inaplicabilidad del art. 10. Recibido el pliego de cargos, por medio del cual la Comisión informa por escrito a las partes afectadas de las objeciones suscitadas contra ellas, estas pueden formular alegaciones. Los arts. 12 y 14 del Reglamento 773/2004 (12) garantizan el derecho de las partes interesadas a una audiencia diri-

(12) Reglamento (CE) nro. 773/2004 de la Comisión del 7/4/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Trata-

gida por un consejero auditor independiente del equipo de instrucción (*hearing officer*), cuya función es garantizar el pleno ejercicio de aquel derecho, y a la que son invitadas las autoridades de competencia de los Estados miembros.

Esta fase de observaciones se sustancia ante la Dirección General de Competencia. Una vez culminada, y previo informe del Servicio Jurídico elabora una propuesta de decisión al Comité consultivo, en el que participan representantes de las autoridades nacionales de competencia. La propuesta final se somete al colegio de comisarios para que adopte la decisión final.

Además de las decisiones de desestimación de denuncias, adopción de medidas cautelares y aceptación de compromisos, así como las declaraciones de inaplicabilidad (13), la Comisión puede adoptar decisiones de constatación y cese de la infracción. En este caso el importe de las sanciones se calcula según las Directrices sobre multas (14). Dicho importe puede verse reducido en un 10% si los presuntos participantes en un cártel se acogen al procedimiento de transacción y reconocen su responsabilidad en la infracción (15).

En los supuestos de cártel, además, una empresa que participe en la colusión puede obtener la dispensa del pago de las multas si es la primera en revelar su participación en dicha in-

fracción y en facilitar información y elementos de prueba que permitan a la Comisión efectuar una inspección sobre el presunto cártel o determinar la existencia de una infracción del art. 101 del TFUE, salvo que haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otras empresas para que se unan al cártel o permanezcan en él.

Las empresas participantes en un cártel que no puedan obtener la dispensa del pago de la multa pueden, no obstante, beneficiarse de la reducción de su importe en la medida en que aporten un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba que ya obren en poder de la Comisión.

La concesión de la dispensa del pago de la multa o la reducción de su importe permanece condicionada a que la empresa coopere de manera completa, permanente y diligente durante todo el procedimiento, proporcione información exacta, no tergiversada y completa, haya puesto fin inmediatamente a su implicación en el cártel, salvo que la Comisión lo considere necesario para preservar la integridad de las inspecciones, y no haya destruido, falsificado u ocultado pruebas de la existencia del cártel. Las reducciones por transacción y por clemencia son acumulables.

Por otro lado, la Directiva de daños (16) y las normas nacionales de transposición en los ordenamientos internos de los Estados miembros han favorecido la reclamación de daños derivados de ilícitos de competencia al establecer reglas sobre la solidaridad de los co-infractores y de las matrices de control de los infractores, el valor probatorio de las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de la competencia y de la Comisión, la presunción del daño en caso de cártel o el plazo de prescripción de al menos cinco años.

Por contraste, el procedimiento de análisis de las concentraciones está sujeto a plazos estrictos. El art. 10 del Reglamento 139/2004

do CE [actualmente 101 y 102 del TFUE], DO L 123/18, 27/4/2004.

(13) Aunque el Reglamento 1/2003 establece un sistema de autoevaluación por parte de las empresas en el que las prácticas potencialmente anticompetitivas ya no tienen que ser sometidas al examen de la Comisión, esta autoridad mantiene una competencia residual para adoptar decisiones de inaplicabilidad de los arts. 101 y 102 del TFUE. Las autoridades nacionales de competencia no pueden dictar este tipo de declaraciones, como se infiere de la lectura combinada de los arts. 5 y 10 del Reglamento 1/2003 (*vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia del 3/5/2011 en el asunto C 375/09, "Tele2 Polska", párrs. 22 a 30).

(14) Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apart. 2, letra a), del Reglamento (CE) nro. 1/2003, DO C 120/2, 1/9/2006.

(15) Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7º y 23 del Reglamento (CE) nro. 1/2003 del Consejo en casos de cártel, C 167/1, 2/7/2008.

(16) Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DO L 349/1, 5/12/2014.

concede a la Comisión veinticinco días hábiles para resolver en primera fase o abrir la segunda fase si tuviera serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado interior, susceptibles de ampliación a treinta y cinco días hábiles si las partes ofrecen compromisos para solucionar las preocupaciones suscitadas por la autoridad. El plazo es de noventa días hábiles para pronunciarse en segunda fase, ampliables a ciento cinco si las partes ofrecen compromisos transcurridos cincuenta y cinco días desde la incoación del procedimiento. Además, las partes pueden solicitar una ampliación de quince días hábiles y la Comisión puede extender el plazo hasta veinte días hábiles contando los quince anteriores y dirigir solicitudes de información que suspendan el procedimiento.

Las decisiones de la Comisión son, en todo caso, recurribles sobre la base del art. 263 TFUE ante el Tribunal General, que goza de plena jurisdicción para verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia y para comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (17).

El mismo tribunal es competente para anular o exigir a la Comisión que modifique la decisión controvertida y para modificar la cuantía de la sanción conforme a su propio análisis, incluso incrementándola (18). Las sentencias del Tribunal General son recurribles en casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el "TJUE"), en virtud del art. 256 del TFUE. Indirectamente, el Tribunal de Justicia también se pronuncia en materia de defensa de la competencia en el marco de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la base del art. 267 del TFUE.

(17) *Vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia del 15/2/2005 en el asunto C-12/03 P, "Comisión c. Tetra Laval", párrs. 39 y 41 a 44.

(18) *Vid.* la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 12/12/2007 en los asuntos acumulados T-101 y 111/05, "BASF AG y UCB SA c. Comisión".

II.3. Aspectos institucionales

Como se ha apuntado, corresponde a la Comisión Europea, que le atribuye el art. 17 del TUE, velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia de los Tratados. No obstante, la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE es una competencia compartida con los Estados miembros cuyo ejercicio informan los principios de subsidiariedad (19) y proporcionalidad (20) y se rige por el Reglamento 1/2003. Esta norma dedica su Capítulo IV a regular la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia que, en la práctica, coordinan su actividad en el marco de la Red Europea de Competencia.

Así, se establecen mecanismos de información recíproca, comunicación a la Comisión previa a la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE e incluso relevo de la competencia de las autoridades nacionales para aplicarlos (21). Estas reglas complementan en el plano institucional al elemento del tipo de los arts. 101 y 102 del TFUE relativo a la afectación del comercio entre Estados miembros, que es presupuesto de su aplicación tanto por la Comisión como por las autoridades nacionales de los Estados miembros.

En cambio, el Reglamento 139/2004 establece un principio de ventanilla única en lo que respecta al control de concentraciones, de manera que, si se cumplen los umbrales de notificación establecidos en los arts. 1.2 y 1.3, únicamente la Comisión Europea es competente para examinar la concentración (denominada de

(19) Conforme al principio de subsidiariedad la UE solo puede intervenir cuando su actuación sea más eficaz que la de los países de la UE a escala nacional o local.

(20) Conforme al principio de proporcionalidad la acción de la UE debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados.

(21) Este mecanismo, previsto en el art. 11.6 del Reglamento 1/2003, se reserva para aquellas ocasiones en las que varios Estados miembros se ven afectados por la conducta y se dan otras circunstancias que hacen que una acción a nivel de la UE sea más efectiva, como, por ejemplo, que el presunto infractor tenga su sede o centros de producción fuera del territorio de la UE (*vid.* la sentencia del Tribunal General del 15/12/2010 en el asunto T-427/08, "CEAHR c. Comisión", párr. 176).

“dimensión europea”). En consecuencia, solo cuando la concentración no alcanza dimensión europea en el sentido de los artículos anteriores puede ser, en principio, analizada por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros si se cumplen las reglas jurisdiccionales establecidas a tal efecto en sus correspondientes ordenamientos nacionales. También se establecen en los arts. 4º, 9º y 22 del TFUE mecanismos de reenvío de la Comisión a las autoridades nacionales, y viceversa, con el fin de completar el modelo de ventanilla única.

III. Panorámica del sistema argentino de la LDC

III.1. Aspectos sustantivos

Antes de exponer los elementos clave del nuevo sistema implantado por la LDC, debe advertirse que esta exposición se realiza desde la perspectiva de juristas europeos. Así, en esta sección se presentan los aspectos definitorios del régimen argentino siguiendo un enfoque propio del derecho de la competencia europeo, no solo porque nos resulte difícil abstraernos del mismo, sino porque consideramos que es el enfoque exegético apropiado para un análisis comparado como el que sigue.

Comenzando por las normas de fondo, por ajustarnos a la técnica legislativa de la LDC y porque creemos que es el núcleo de todo ordenamiento jurídico de defensa de la competencia (así lo hemos hecho también en la sección anterior en relación con las normas de la UE), resulta llamativa la sistemática elegida por el legislador argentino. En concreto, se parte de una cláusula general, contenida en el art. 1º e ilustrada por los ejemplos de la lista abierta del art. 3º, que distingue cuatro tipos de comportamientos. Por un lado, los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas y una tercera categoría de “actos o conductas” con independencia de su forma, solo cuando tengan un objeto o un efecto restrictivo de la competencia, y, por otro lado, el abuso de posición de dominio, en todo caso, están prohibidos si cumplen el estándar marcado por el perjuicio para el interés económico general.

Esta redacción suscita diversas cuestiones que se tratan en la siguiente sección, entre las

que destacan la ausencia de referencia expresa a los acuerdos entre empresas no competidoras, a las prácticas concertadas y a las decisiones de asociaciones y la posibilidad de que determinadas conductas unilaterales puedan ser sancionadas por debajo del umbral de la posición de dominio. También es digna de mención la omisión de una posible defensa de eficiencias que permita justificar los acuerdos y prácticas restrictivas, indicativa de que la LDC opta por un sistema similar al estadounidense basado en la dicotomía entre reglas *per se* y regla de la razón.

El art. 2º, por su parte, postula la mayor gravedad de los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o efecto la fijación de precios, la restricción de la producción y las ventas, el reparto de clientes y mercados y la colusión en licitaciones, de nuevo sin más mención explícita a las prácticas concertadas y decisiones de asociaciones que la alusión a los “arreglos” entre los tipos de conductas proscritas. Lo más llamativo de este precepto no es solo que la sanción de nulidad de pleno derecho se prevea de manera expresa únicamente para las prácticas calificadas de “absolutamente restrictivas”, lo que genera dudas acerca de la ineficacia de los negocios jurídicos contrarios al art. 1º, sino también que las infracciones más graves puedan serlo por sus efectos y no solo por su objeto, cuando en derecho de la UE las infracciones por objeto se reservan para acuerdos y prácticas cuya propia naturaleza es restrictiva.

Los arts. 5º y 6º de la LDC se refieren al concepto de posición dominante y establecen respectivamente una definición general y un conjunto de factores para su determinación. Si bien la lógica subyacente es la misma que la de la norma europea, basada en la independencia de comportamiento respecto de competidores y clientes, entendemos que se trata de un elenco abierto, ya que no se incluye una buena parte de los indicios examinados en la UE. Concretamente, la omisión de la cuota de mercado como punto de partida puede generar cierta inseguridad jurídica a la hora de permitir a las empresas evaluar su propia posición de dominio.

También la inclusión de las concentraciones entre las prácticas potencialmente restrictivas de la competencia implica una superposición distinta de la del ordenamiento europeo entre

las normas sobre conductas anticompetitivas y el régimen de control de concentraciones, por lo demás bastante próximo al de la UE. Efectivamente, los supuestos de concentración del art. 7° de la LDC nos resultan familiares, si bien el legislador argentino prefiere emplear una técnica maximalista y referirse no solo a los conceptos generales de fusión, adquisición de control y constitución de una empresa en participación, concretando igualmente los supuestos particulares de transferencia de fondo de comercio y de adquisición de control por vía contractual o meramente fáctica.

Como se verá, el mayor punto de divergencia con el sistema europeo es el test jurídico del art. 8° de la LDC, que, correlativamente a la mención de las concentraciones en el art. 1°, es el efecto o el objeto restrictivo, efectivo o potencial, contrario al interés económico general. En cambio, el art. 9° de la LDC supone un importante acercamiento transatlántico al instituir un sistema de notificación y autorización previas al cierre de la operación, una vez cumplido el periodo transitorio de un año previsto en el art. 84. También son equivalentes las nociones de volumen de negocios y de empresa afectada contenidas en el art. 9°, la habilitación de procedimientos de consulta y examen abreviado en el art. 10 y la previsión de un procedimiento dividido en primera fase y en segunda fase (en terminología europea) en el art. 14. Adicionalmente, el umbral de volumen de negocios realizado conjuntamente por las partes en Argentina, combinado con las excepciones del art. 11 de la LDC, garantiza un nivel equivalente de seguridad jurídica.

III.2. Aspectos procesales

En la vertiente procesal, destaca el establecimiento de plazos estrictos para las distintas fases del procedimiento sancionador. En efecto, los arts. 34 a 43 de la LDC limitan temporalmente tanto la fase de instrucción, cuya duración máxima es de ciento ochenta días, como el periodo de prueba, de noventa días prorrogable por de igual duración, y el de resolución, de sesenta días. También se prevén dos fases contradictorias consistentes en un trámite de contestación a la denuncia de quince días ante el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas, para que este resuelva sobre la aper-

tura de la fase de instrucción, y un trámite de descargo de veinte días al término de la instrucción. Cabe destacar, asimismo, la posibilidad de convocatoria de audiencia pública, conforme al art. 47 de la LDC, y de ofrecer compromisos antes de que se dicte resolución, conforme al art. 45 de la LDC.

El Capítulo VII se consagra a las sanciones, que, de conformidad con el art. 55 de la LDC, ascienden al importe superior de hasta el 30% del volumen de negocios generado en el mercado afectado durante el último ejercicio multiplicado por la duración de la conducta hasta el límite del 30% del volumen de negocios consolidado del grupo durante el último ejercicio a nivel nacional o hasta el doble del beneficio ilícito obtenido. Para el caso en que no se pueda calcular, se establece un límite alzado de 200 millones de unidades móviles. También se prevé la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la aplicación de multas coercitivas, de un 0,1% del volumen de negocios consolidado del grupo en Argentina o de hasta 750.000 unidades móviles, y la prohibición de contratar con el Estado durante un máximo de cinco años o de ocho en los supuestos del art. 2° de la LDC.

El régimen sancionador se completa con los criterios de graduación del art. 56 de la LDC, la responsabilidad solidaria de los representantes legales de la persona jurídica que “por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido alentado o permitido la comisión de la infracción” y de las matrices de control que “por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”, en el art. 58, y los supuestos de obstrucción del art. 59. Los Capítulos VIII y IX cierran el círculo con la institución de un sistema de clemencia y un régimen de reclamación de daños derivados de ilícitos de competencia cuyas similitudes y diferencias con los previstos en el ámbito de la UE se examinarán en la Sección 5. Finalmente, debe aludirse a la prescripción establecida en cinco años en el art. 72 de la LDC; que reconoce la existencia de infracciones únicas y continuadas y establece variantes en caso de las acciones de daños.

En el ámbito del control de concentraciones, ya hemos adelantado que el proceso se divide, en línea con el existente en numerosas jurisdicciones, entre una primera fase de 45 días, al término de la cual la autoridad puede autorizar la concentración incondicionalmente, someterla a condiciones o prohibirla, y una segunda fase de 120 días que se abre por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando considere que la operación tiene el potencial de restringir la competencia de manera contraria al interés económico general. Esta segunda fase puede extenderse hasta que las partes solucionen las objeciones planteadas.

También se instituye en los arts. 10 y 31.b un procedimiento abreviado que se ventila ante la Secretaría de Concentraciones Económicas, competente para instruir en materia de control de concentraciones. Por lo demás, se prevé la autorización por silencio administrativo en el art. 15 de la LDC, un mecanismo de informe no vinculante por los reguladores sectoriales en el art. 17 de la LDC y la previsión, en el art. 16 de la LDC, de que las concentraciones autorizadas no puedan ser impugnadas en sede administrativa salvo si la resolución se fundó en información falsa o incompleta.

Los recursos contra las decisiones de la autoridad se sustancian ante un órgano especializado creado por la propia LDC o ante las Cámaras Federales habilitadas para ello. Solo se prevé en el art. 67 de la LDC el efecto suspensivo, previa caución, de los recursos contra las resoluciones sancionadoras, eliminando el anterior sistema de *solve et repete* (22).

III.3. Aspectos institucionales

La LDC consagra el principio de independencia funcional y presupuestaria en los arts. 18 y 33 de la LDC, así como la división entre instrucción y resolución. Para ello, se crea un órgano competente para resolver, el Tribunal de Defensa de la Competencia, y dos órganos

de investigación, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, encargados de instruir, respectivamente, los procedimientos sancionadores y de concentraciones. Otro principio inspirador del modelo institucional de la LDC es el de capacidad, que se manifiesta en que el art. 19.a exija que los distintos órganos de la autoridad deban componerse de profesionales con “suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia”, “reconocida solvencia moral” y cinco años de experiencia en el ejercicio de la profesión. El art. 28 añade que los cinco miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia deben incluir dos juristas y dos economistas.

Además de las competencias propias de un órgano decisorio, que incluyen la imposición de sanciones y la autorización de concentraciones económicas, el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene atribuidas en el art. 28 de la LDC funciones de informe no vinculante en relación con leyes, disposiciones generales y actos administrativos, de arbitraje y de formulación de su presupuesto anual, como exige el principio de autonomía en el que se funda. Además, el art. 29 de la LDC le otorga la facultad de pronunciarse sobre la exención de “contratos, convenios o arreglos”, incluidos los especialmente graves del art. 2º.

Por su parte, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas es competente, en virtud del art. 30 de la LDC, para recibir denuncias, convocar audiencia, proponer sanciones y plantear al Tribunal de Defensa de la Competencia la conclusión de la fase de investigación. También le corresponde llevar a cabo las diligencias propias de la instrucción, que incluyen las inspecciones domiciliarias previo consentimiento de los titulares de los locales o mediante autorización judicial. De manera similar, la Secretaría de Concentraciones Económicas tiene las facultades necesarias para instruir en materia de control de concentraciones y para tramitar el procedimiento abreviado.

Por lo demás, se crea en el Capítulo XI, como ya hemos adelantado, un órgano jurisdiccional especializado en defensa de la competencia dentro de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal para conocer de los

(22) Vid. DEL PINO, Miguel - DEL RÍO, Santiago, “Nueva Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina”, *Marval O’Farrell Mairal*, 31/5/2018, disponible en <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-la-argentina-13187> (último acceso el 31/7/2018).

recursos que se interpongan contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia y se encomienda una labor de promoción al Tribunal de Defensa de la Competencia en el Capítulo XIII.

IV. Comparativa de las normas sustantivas

IV.1. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio

A nuestro juicio, un punto de partida apropiado para la comparativa de las normas de fondo europeas y argentinas es el estándar de ilicitud de las conductas anticompetitivas. En el ordenamiento de la UE, el ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE se limita a los acuerdos, decisiones de asociaciones y prácticas concertadas cuyos efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia son sensibles(23). La misma finalidad de establecer un umbral de significatividad, por debajo del cual la conducta restrictiva se consideraría *de minimis*(24), parece inspirar la alusión en el art. 1º de la LDC al “perjuicio para el interés económico general”.

Este límite del art. 1º de la LDC se extiende expresamente a la explotación abusiva de una posición dominante. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no cabe la excepción *de minimis* en lo que respecta al abuso de posición de dominio, al entenderse que “esta práctica contraría a la competencia puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de competencia significativas, e incluso eliminar la competencia en el mercado en el que opera la empresa de que se trate” (25). Es decir, el estándar de abuso ya asume una situación jurídica cualificada al establecerse como presupuesto de hecho del mismo el disfrute de una posición de dominio que, aunque no es ilícita en sí misma, genera un ámbito de competencia reducida en el que la libertad de empresa se ve restringida

(23) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 9/7/1969 en los asuntos 5/69, “Völk”, párr. 34, y del 23/11/2006 en el asunto C-238/05, “Asnef-Equifax y Administración del Estado”, párr. 50.

(24) *Vid.* la Comunicación *de minimis*, *cit.*

(25) Ver la sentencia del Tribunal de Justicia en “Post Danmark II”, *cit.*, apart. 73.

por la mencionada “especial responsabilidad de no distorsionar la competencia”.

La construcción jurisprudencial de la especial responsabilidad tiene la finalidad de limitar la intervención administrativa a supuestos excepcionales, de manera que como regla general impere la libertad de empresa, consagrada en las constituciones de los Estados miembros y en el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C-364/1, 18/12/2000). Por eso, resulta llamativo que el art. 1º de la LDC se refiera a “los actos o conductas, de cualquier forma manifestados [...] que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado [...], de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”, independientemente del disfrute de una posición de dominio.

El hecho de que una conducta unilateral pueda quedar prohibida por debajo del umbral del abuso de posición de dominio supone una injerencia desde luego intensa de los poderes públicos en la libertad de contratación de las empresas si la autoridad y los tribunales no interpretan de forma significativamente restrictiva el ámbito de tal prohibición. En el ordenamiento español, existe una anomalía respecto de la norma europea, el art. 3º de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “ley 15/2007”), que también prohíbe actos unilaterales llevados a cabo por empresas no dominantes, en casos de infracciones de la legislación de competencia desleal con un efecto restrictivo sobre la competencia tal que afecta al interés público(26). La aplicación de este precepto, que supone cualificar la deslealtad hasta el ilícito antitrust en los casos en que

(26) El vínculo entre el art. 1º de la LDC y los ilícitos de competencia desleal se vislumbra en el apart. k, que habla de “[e]najenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, [...] con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”. En concreto, el art. 17.2 de la ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (la “ley 3/1991”) española, que eleva al rango de ilícito privado la venta bajo coste en determinados supuestos, podría ser teóricamente invocado sobre la base del art. 3º de la ley 15/2007 española si se restringiera por este cauce la competencia de manera contraria al interés público.

dicho interés puede verse perjudicado, se ha visto restringida en la práctica a conductas realizadas por grandes empresas con repercusión en un gran número de clientes y en supuestos contados (27).

Es muy posible que la referencia a “los actos o conductas de cualquier forma manifestados” pueda tener más virtualidad como cláusula de salvaguardia de las conductas colusorias no mencionadas expresamente en el art. 1º de la LDC que como habilitación para el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito del comportamiento unilateral de las empresas no dominantes. Ello parece, además, exigido por la omisión de referencia explícita a los acuerdos entre empresas no competidoras, las decisiones de asociaciones de empresas y la coordinación tácita en la forma de prácticas concertadas (aunque esta última puede entenderse incluida en la referencia a acuerdos entre empresas, ya que no se dice que tengan que ser expresos). A este respecto, otro debate, que tendrá que ser resuelto por la práctica administrativa y judicial subsiguiente, es el de la amplitud del concepto de acuerdo, que en la UE abarca el intercambio de información sensible incluso unilateral (28), pues, como hemos apuntado, basta con que exista una “conurrencia de voluntades” (29).

En todo caso, una interpretación restrictiva del art. 3º de la LDC, conforme a la cual cada uno de los ejemplos contenidos en este precepto se refiere únicamente a una o varias de las prácticas mencionadas en el art. 1º de la LDC, pero no necesariamente a todas ellas, se nos antoja más acorde a la teoría del daño que subyace a los distintos tipos de infracciones de las normas de defensa de la competencia y a los límites que deben imponerse a la potestad sancionadora administrativa.

(27) *Vid.* el comentario al art. 3º de la ley 15/2007 de MASSAGUER, J., en MASSAGUER, José - SALA, José M. - FOLGUERA, Jaime - GUTIÉRREZ, Alfonso, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2018.

(28) *Vid.* la Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C-11/1, 14.1.11, párrs. 62 y 63.

(29) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 26/10/2000 en el asunto T-41/96, “Bayer c. Comisión”, párr. 69.

El núcleo material de la nueva ley también se acerca al régimen europeo en lo que respecta a la tipificación de la distinción entre infracciones por objeto e infracciones por efecto, que, al igual que en el caso de la UE, existe en sede de prácticas colusorias y no en lo que concierne al abuso de posición de dominio. Habrá que atender a la práctica administrativa y judicial que interprete la LDC para observar si la dicotomía entre infracción por efecto e infracción por objeto se traslada *mutatis mutandis*, por vía doctrinal y jurisprudencial, al ámbito de la posición de dominio, como ha ocurrido en el ordenamiento de la UE en la forma de los llamados abusos *per se* (30). En este punto surgen tres divergencias entre el ordenamiento de la UE y la nueva LDC.

La primera es que la noción de “prácticas absolutamente restrictivas” del art. 2º de la LDC parece *a priori* más restrictiva que la lista de supuestos de coordinación por objeto definida por la práctica administrativa y la jurisprudencia europeas, sobre todo porque al referirse a los “acuerdos entre dos o más competidores” no parece incluir los acuerdos y prácticas concertadas restrictivos entre empresas no competidoras. Este tipo de restricciones verticales, denominadas “especialmente graves” en derecho de la UE y consideradas contrarias al art. 101.1 del TFUE sin necesidad de demostrar sus efectos anticompetitivos y sin posibilidad de amparo en la regla *de minimis* (31), están definidas en el art. 4º del Reglamento 330/2010, que las excluye de la exención por categorías para acuerdos verticales. Esencialmente, consisten en la restricción por parte del proveedor del precio y la clientela a los que el comprador puede revender los productos o servicios contractuales. Aunque entendemos que podrían seguir siendo consideradas restricciones por objeto como “actos o conductas de cualquier forma manifestados” del art. 1º, su omisión en

(30) Si bien la tendencia reciente en la UE es a desacreditar las reglas *per se* (*vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia del 6/9/2017 en el asunto C-413/14 P, “Intel c. Comisión”).

(31) Ver la comunicación *de minimis*, cit., párr. 13, y la sentencia del Tribunal de Justicia del 13/12/2012 en el asunto C-226/11, “Expedia Inc. c Autorité de la concurrence y otros”, párr. 37, que impiden considerar *de minimis* las restricciones por objeto.

el art. 2º puede ser relevante para determinar los efectos civiles de estos acuerdos.

Incluso si nos limitamos al ámbito de la colusión entre competidores, el ámbito del art. 2º de la LDC es más limitado que el concepto de cártel previsto en el Comunicación de clemencia de la Comisión Europea, a la sazón notablemente expansivo (32). A falta de conocer el desarrollo de este precepto por parte de la autoridad de defensa de la competencia y los tribunales, no se extiende *ex lege* a las prácticas concertadas y decisiones de asociaciones, aunque los supuestos son equivalentes (acuerdo de precios, limitación de la producción y las ventas, reparto de mercados y clientes y colusión en licitaciones). Por lo demás, tampoco se adopta una postura clara acerca de aquellos intercambios de información sobre precios y cantidades futuros, considerados restrictivos por objeto por el TJUE (33).

La consecuencia del carácter especialmente grave de los acuerdos del art. 2º de la LDC parece ser, de manera similar a lo que ocurre en el ámbito europeo en relación con las restricciones por objeto, la posibilidad de considerarlos una infracción sin probar sus efectos reales o potenciales sobre la competencia. Así se infiere que se disponga en el art. 2º que “se presume que producen perjuicio al interés económico general”, siendo el perjuicio al interés económico general, como se ha indicado, el umbral que marca el carácter anticompetitivo de la conducta conforme al art. 1º. Ello es coherente con la exclusión de las infracciones por objeto de la regla de *minimis* europea.

La segunda diferencia digna de mención del Capítulo I de la nueva ley argentina con el ordenamiento de la UE es que el art. 101.2 del TFUE prevé que todos los acuerdos sean nulos, mientras que el art. 2º de la LDC prevé de manera expresa la sanción de nulidad radical únicamente en relación con los cárteles. Por lo tanto, la consecuencia de las conductas subsumibles en la cláusula general del art. 1º en el plano de

la eficacia resulta dudosa. Será preciso acudir a la legislación civil para determinar si procede aplicar la sanción de nulidad de pleno derecho, o si procede una mera anulabilidad, lo cual resulta relevante a efectos, por ejemplo, de la prescripción de la acción de anulación o de la posibilidad de que los tribunales declaren la nulidad de oficio.

La tercera es la ausencia de previsión legal de una justificación *ex post* de conductas colusorias ilícitas como la defensa de eficiencias prevista en el art. 101.3 del TFUE. En el ámbito europeo no opera la denominada regla de la razón, en virtud de la cual las restricciones que no lo son *per se* (análogas a las que en la UE constituirían infracciones por efecto) son ilegales solo si sus efectos anticompetitivos superan a los pro-competitivos. Así, el TJUE ha establecido con claridad que “los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apart. 3 del artículo [101 del TFUE]” (34), precepto que se aplica tanto directamente a conductas individuales, que satisfacen las cuatro exigentes condiciones ya expuestas, como a categorías de conductas a través de los reglamentos de exención (35) en bloque.

La LDC, por el contrario, parece adherirse a la corriente estadounidense de la regla de la razón, con la principal consecuencia de que las restricciones por objeto o, al menos, las “prácticas absolutamente restrictivas” probablemente quedarían prohibidas *per se* y no serían susceptibles de ponderación de efectos anticompetitivos y pro-competitivos. En cambio, las restricciones por objeto europeas, si bien están generalmente excluidas de los reglamentos de exención por categorías, siempre pueden beneficiarse de la aplicación individual del art. 101.3 del TFUE si se demuestra que concurren

(32) *Vid.* la comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, DO C-298/17, 8/12/2006, párr. 1.

(33) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 4/6/2009 en el asunto C-8/08, “T-Mobile y otros”.

(34) *Vid.*, por todas, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia del 23/10/2003 en el asunto T-65/98, “Van den Bergh Foods c. Comisión”, párr. 107, y del 18/9/2001 en el asunto T-112/99, “Métropole télévision y otros”, párr. 74, y la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apart. 3 del art. 81 del Tratado [actual art. 101 del TFUE], DO C-101/97, 27/4/2004, párr. 11.

(35) Los reglamentos de exención por categorías son adoptados por la Comisión en virtud del art. 105.3 del TFUE y de la habilitación concedida por el Consejo de la UE sobre la base del art. 103.2.b del TFUE.

las cuatro condiciones (36). De hecho, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad, por el momento meramente teórica, de extender la defensa de eficiencias del art. 101.3 del TFUE al abuso de posición de dominio (37).

Al margen de los aspectos anteriores, destaca el carácter más comprensivo, aunque no exhaustivo, de la lista contenida en el art. 3º de la LDC de conductas que podrían quedar prohibidas por el art. 1º de la LDC. Dejando al margen la posibilidad de sancionar actos unilaterales realizados por empresas no dominantes, contrastan particularmente con el régimen jurídico europeo la proscripción de la venta bajo coste en supuestos distintos a la posición de dominio y, sobre todo, la prohibición de acumulación por una persona física de cargos directivos en empresas competidoras. Parece que este último supuesto requerirá que se pruebe algún tipo de colusión restrictiva y exigirá una interpretación que impida su elusión cuando se trate de personas jurídicas administradoras.

Adicionalmente, otras conductas mencionadas en el art. 3º de la LDC también se limitan, al menos en la práctica europea, a los supuestos de dominancia, como la negativa de suministro, la subordinación de la celebración de contratos a prestaciones no relacionadas o la discriminación en las relaciones comerciales. Por último, cabe preguntarse si el elenco de factores del art. 6º de la LDC para apreciar la dominancia, más restrictivo que el desarrollado por la jurisprudencia y la práctica administrativa europeas (38), será interpretado como una enumeración ejemplificativa a completar con otros elementos que permitan apreciar la capacidad de la independencia de comportamiento propia de la posición dominante. En particular, como hemos expuesto, la ausencia de referencia a la cuota de mercado como primer indicio

de la dominancia puede dificultar a la empresa potencialmente dominante la autoevaluación del carácter abusivo de su conducta, posibilidad que la jurisprudencia del TJUE ha considerado una exigencia del principio general de seguridad jurídica (39).

IV.2. Control de concentraciones

Hemos anticipado que la LDC lleva a cabo un esfuerzo de aproximación del régimen de control de concentraciones argentino al europeo, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, aunque se mantienen algunas diferencias relevantes. La más importante a nuestro juicio es la relativa al test jurídico del art. 8º y está determinada por el diseño general del sistema de defensa de la competencia argentino, resultado, a su vez, de una reestructuración integral que trata de imbricar de manera coherente todas sus ramas. En la UE, en cambio, nunca se ha acometido una revisión de las normas sustantivas básicas, los arts. 101 y 102 del TFUE, que no prevén la existencia de un régimen de control de concentraciones, y, por lo tanto, esta disciplina se ha desarrollado de manera autónoma en un compartimento normativo estanco.

En consecuencia, llama la atención que los arts. 1º y 8º de la LDC establezcan un estándar único para conductas anticompetitivas y concentraciones económicas vinculado a un objeto o un efecto restrictivo contrario al interés público general. Históricamente, el sistema de control de concentraciones europeo es un producto jurisprudencial surgido de la prohibición del abuso de posición de dominio. De hecho, el Reglamento 4064/89 (40), que instauró el control de concentraciones en la UE y fue sustituido por el actual Reglamento 139/2004, establecía en su art. 2º.3 la incompatibilidad de las concentraciones que supusieran “un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante”. A partir de ahí comienza la separación que llevaría al Reglamento 139/2004, manteniendo

(36) *Vid.*, por todas, la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130/1, 19/5/2010, párr. 225.

(37) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia en “Post Danmark II”, cit., párr. 48.

(38) *Vid.* la Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE [actual art. 102 del TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO C 45/7, 24/2/2009.

(39) *Vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia del 14/10/2010 en el asunto C-280/08 P, “Deutsche Telekom c. Comisión”, párr. 202.

(40) Reglamento (CEE) nro. 4064/89 del Consejo, del 21/12/1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 395/1, 30/12/1989.

como estándar el obstáculo significativo a la competencia efectiva, a dar cabida en el nuevo art. 2º.2, junto a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio (los denominados efectos unilaterales(41)), a otras teorías del daño (concretamente, los llamados efectos coordinados(42), así como los efectos no coordinados(43), pero tampoco puramente unilaterales, resultantes de la reducción de la presión competitiva en un oligopolio).

En última instancia, la efectividad y la proporcionalidad del estándar elegido por el legislador argentino dependerán del grado de convicción que la jurisprudencia acabe exigiendo a la autoridad. Una precisión adicional que debe realizarse en este punto es que los términos en los que se expresan los arts. 1º y 8º de la LDC no son idénticos. El art. 8º introduce un elemento de potencialidad en el test jurídico de las concentraciones que no se incluye en el test general del art. 1º, al considerar prohibidas también aquellas concentraciones económicas cuyo objeto o efecto *pueda* ser restrictivo. En nuestra opinión, esta diferencia podría simplemente referirse a la incertidumbre inherente al análisis sustantivo de las concentraciones, que, a diferencia del propio de las conductas anticompetitivas, es necesariamente prospectivo, de manera que todo cuanto cabe probar durante el examen por parte de la autoridad es que la operación *será* restrictiva en el futuro.

Por lo demás, ya hemos mencionado que los aspectos jurisdiccionales del régimen de control de concentraciones instaurado por la LDC se aproximan notablemente a los europeos. Debe recalcar la importancia del establecimiento de obligaciones de notificación previa y suspensión en el art. 9º de la LDC similares a las contenidas en los arts. 4.1 y 7.1 del Reglamento 139/2004. Además, del último inciso de aquel precepto, que sujeta la producción de efectos por parte de la operación a la autorización expresa o tácita del Tribunal de Defensa de la Competencia, parece inferirse que una sanción

por incumplimiento de las obligaciones de notificación y suspensión es la ineficacia del negocio jurídico constitutivo de concentración(44).

Finalmente, a semejanza de los aparts. 2 y 3 del art. 1º del Reglamento 139/2004, el legislador argentino opta por un umbral basado en el volumen de negocios, que, unido a las excepciones para empresas adquirentes sin presencia significativa previa en este país (por no poseer activos o no haber realizado ventas significativas en lo treinta y seis meses previos) del art. 11.c y para empresas adquiridas sin actividad en su territorio en el año precedente (salvo solapamiento de actividad) del art. 11.d, así como a la regla *de minimis* del art. 11.e, establece un sistema cabal que sin duda incrementará la seguridad jurídica. Como hemos indicado, los conceptos de volumen de negocios y de empresa afectada son equivalentes a los establecidos por las normas europeas(45).

V. Comparativa de las normas de procedimiento

La primera divergencia que se observa en el plano de las normas adjetivas es que el procedimiento sancionador previsto en la LDC, a diferencia del tramitado ante la Comisión Europea (y de manera similar al propio de algunos ordenamientos nacionales de la UE, como el español), se encuentra sometido a límites temporales estrictos. Además, el diferente diseño institucional, adherido a un estricto principio de separación funcional, implica la existencia de dos trámites contradictorios, uno de contestación a la denuncia ante la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas en fase de investigación y otro de observaciones y prueba

(44) No obstante, hasta la conclusión del periodo transitorio de un año previsto en el art. 84 de la LDC se establece un régimen extraño al ordenamiento europeo que permite dilatar la notificación durante una semana a partir de la conclusión del acuerdo, la publicación de la oferta de compra o la adquisición de la participación.

(45) *Vid.* el art. 5º del Reglamento 139/2004 y la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nro. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 95/1, 16/4/2008, párrs. 129 a 153 y 157 a 194.

(41) *Vid.* las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 31/5, 5/2/2004, párrs. 24 a 38.

(42) *Ibidem*, párrs. 39 a 63.

(43) *Ibidem*, párr. 24.

ante el Tribunal de Defensa de la Competencia al cierre del sumario.

Por lo demás, el régimen sancionador argentino faculta a la Autoridad de Defensa de la Competencia a adoptar decisiones similares a las que puede dictar la Comisión Europea conforme a los arts. 7º a 9º del Reglamento 1/2003, es decir, de cese en la infracción e imposición de sanciones, de adopción de medidas cautelares y de compromisos, e incluso habilita en el art. 29 de la LDC un expediente similar a la declaración de inaplicabilidad del art. 10 del Reglamento 1/2003, que recuerda al régimen de autorización singular imperante en la UE antes de la adopción de esta norma. También se le atribuye la potestad de imponer multas coercitivas.

El método de cálculo de las sanciones, por su parte, es equivalente al de la Comunicación de multas de la Comisión. Así, se considera hasta el 30% del volumen de negocios generado en el mercado afectado durante el ejercicio precedente multiplicado por la duración de la infracción y limitado por un porcentaje del volumen total de facturación del grupo, que en el caso de la LDC es de hasta el 30% en lugar del 10% del de la UE. Sin embargo, se introduce el elemento del beneficio ilícito, extraño al ordenamiento de la UE (pero empleado como factor de proporcionalidad en algunos sistemas nacionales como el español) previéndose en la LDC que se tome hasta el doble del mismo si fuera mayor que el resultante de aplicar los porcentajes anteriores. Por último, se trata de lograr una mayor seguridad jurídica estableciendo de manera subsidiaria un importe alzado.

Asimismo, la prohibición de contratar con la administración pública establecida en el art. 55.e de la LDC no existe a nivel de la UE, pero sí en algunos ordenamientos nacionales, como el español. Lo mismo ocurre con la responsabilidad de los directivos y representantes legales prevista en el art. 58 de la LDC, cuya aplicación en algunos Estados miembros no ha estado exenta de controversia en cuanto a la configuración concreta de la extensión de responsabilidad. Por ejemplo, en el caso español parecería que el art. 63.2 de la ley 15/2007, que permite imponer una multa de hasta 60.000 euros a los representantes legales o a las personas que in-

tegran los órganos directivos de la persona jurídica infractora y “que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”, no ampararía una atribución de responsabilidad automática y objetiva, sino que requeriría demostrar la existencia de dolo o culpa del directivo y de un nexo causal entre estos elementos subjetivos y la comisión de la infracción.

La LDC salva este obstáculo convirtiendo al directivo en responsable solidario de la infracción cometida por la persona jurídica, de manera que la responsabilidad de ambos es la misma y emana de un único ilícito, limitándose así el problema de la extensión a la demostración de la influencia decisiva. Esta configuración es la que adopta en el ámbito europeo la responsabilidad de las matrices de control (46). No obstante, el párrafo tercero del art. 58 de la LDC acerca el régimen de los directivos y representantes legales al caso español, al cualificar la acción o la omisión de estos que contribuye a la infracción o la permite como “culpable”, mientras que la responsabilidad de la matriz de control parece configurarse como objetiva y automática, de manera similar al régimen de la responsabilidad parental en la UE.

Las normas sobre inmunidad o de reducción de multas son muy similares al contenido en la Comunicación de clemencia de la Comisión Europea, con las diferencias de no expresar de manera clara como supuesto que da derecho a la dispensa la aportación de información que permita realizar inspecciones, aunque entendemos que podría estar implícito en el art. 60.a.1 de la LDC, y no cualificar los elementos de convicción adicionales que permiten beneficiarse de la reducción como el valor añadido significativo exigido en la UE. Otros elementos distintivos son la previsión de un beneficio complementario, para el caso de revelar una segunda conducta en el curso de una investigación, de un tercio de la multa que recaiga en relación con la primera, así como la extensión de la clemencia al ámbito penal y al de la reclamación de daños.

(46) *Vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia del 27/4/2017 en el asunto C-516/15 P, “Akzo Nobel c. Comisión”, párrs. 61 y 62.

En cambio, la regulación de las reclamaciones por daños derivados de los ilícitos de defensa de la competencia presenta significativas diferencias con el de la UE. Ante todo, la naturaleza punitiva del sistema argentino que se deduce del art. 64 de la LDC, en línea con el modelo anglosajón, contrasta con el carácter meramente compensatorio de tradición europea continental al que se acoge el art. 3º de la Directiva de daños, lo cual tendrá un claro reflejo en la cuantificación. Además, el art. 63 de la LDC va más allá del valor probatorio que el art. 9º de la Directiva de daños atribuye a las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de competencia, irrefutable dentro del mismo Estado miembro, al dotar a las decisiones de la Autoridad de Defensa de la Competencia de fuerza de cosa juzgada. Por lo demás, no se aclara cómo opera la repercusión del sobreprecio (*passing-on*) y se prevé la posibilidad de exención o reducción de la responsabilidad por daños de los beneficiarios del programa de clemencia, a salvo su responsabilidad solidaria cuando sea imposible obtener la plena reparación de otros participantes en la misma infracción.

En cuanto a la prescripción, el plazo de cinco años recogido en el art. 72 de la LDC es equivalente al previsto como límite de la potestad sancionadora de la Comisión en el art. 25.1.b del Reglamento 1/2003. Por el contrario, la acción de reclamación civil prescribe a los tres años desde el cese de la infracción o desde que el perjudicado pudo razonablemente conocer el acto que constituyó dicha infracción y le ocasionó un daño o a los dos desde la firmeza de la resolución de la Autoridad Nacional de la Competencia. El art. 10 de la Directiva de daños es más favorable para el demandante, no solo porque el plazo es de al menos cinco años, sino porque además incorpora al conocimiento del carácter infractor y la causación de un daño, como tercer elemento subjetivo del *dies a quo*, el conocimiento de la identidad del infractor.

Finalmente, los arts. 73 de la LDC y 10.4 de la Directiva de daños establecen un sistema de prejudicialidad administrativa similar en caso de apertura de un procedimiento sancionador para investigar los mismos hechos, con la diferencia de que el cómputo de los plazos continúa un año después de la firmeza de la resolución de la autoridad en el caso europeo. Además, no

queda claro si lo que establece el art. 73 de la LDC es un supuesto de interrupción, propio del régimen de la prescripción, o de suspensión, como parece inferirse de su literalidad.

En lo que respecta a las normas de control de concentraciones, el régimen es muy parecido al de la UE. Se prevén igualmente dos fases de análisis en el art. 14, sujetas a plazos similares, en función de si las serias dudas suscitadas por la concentración requieren un análisis en mayor profundidad. Surge la duda de si el art. 16 de la LDC, conforme al cual “[l]as concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas no podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa”, salvo que lo sean sobre la base de que la autorización se fundó en información falsa o incompleta, impedirá que se cuestione posteriormente ante los tribunales. Ello contrastaría con el sistema europeo.

VI. Comparativa del marco institucional

En el ámbito del diseño institucional, debe destacarse, en primer lugar, el esfuerzo del legislador argentino por consagrar la independencia tanto funcional como financiera de la autoridad. En efecto, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia formular su presupuesto y elevarlo al ejecutivo, en virtud del art. 33 de la LDC, y establecer un arancel para el examen de concentraciones económicas, dentro de los límites de dicho precepto, destinado a sufragar los gastos ordinarios de la autoridad. Las anteriores previsiones se completan con la configuración de la Autoridad Nacional de la Competencia en el art. 18 de la LDC como un organismo autónomo respecto del poder ejecutivo, con capacidad jurídica y titular de su propio patrimonio.

En segundo lugar, sus miembros están sujetos a las incompatibilidades y las exigencias de capacidad, dedicación y experiencia que se establecen en los arts. 19 y 28 de la LDC, así como a las reglas de selección, designación, duración del mandato, remoción y suspensión recogidas en los arts. 20 a 27. Estas previsiones que tienden a garantizar los principios de imparcialidad y competencia, junto con la independencia operativa, organizativa y financiera, muestran una vocación hacia una mayor autonomía y eficiencia en línea con la evolución experimen-

tada en general por las autoridades nacionales de competencia europeas (47).

Ello, unido a la creación de una Sala Especializada en Defensa de la Competencia para conocer en vía jurisdiccional de los recursos contra las decisiones de la autoridad, aproxima el diseño institucional de la LDC al estándar establecido por la jurisprudencia del TJUE, que eleva “los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia [...] y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas” a condiciones que deben cumplir los reguladores nacionales (48).

Además, la LDC opta por un modelo de separación orgánica entre labor instructora y adopción de decisiones similar al de algunos Estados miembros, como España, y que contrasta con la imperfecta división de funciones en el ámbito de la UE. En efecto, el equipo de instructores de la Comisión que investiga un asunto también redacta el borrador de decisión, en el que prejuzga la sanción o el remedio de otro tipo a imponer, y simplemente se somete a la aprobación del colegio de comisarios. Aunque puede entenderse que este modelo garantiza el derecho a un proceso equitativo conforme a la interpretación del art. 6º.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49), el diseño argentino eleva el estándar de protección en línea con los Estados miembros más garantistas.

Por último, cabe destacar que la LDC incluye entre las competencias atribuidas a la Autoridad de Defensa de la Competencia algunas fun-

ciones que se sitúan en la vanguardia de la política de aplicación de las normas de defensa de la competencia europea, como son el arbitraje entre particulares, la actividad de promoción y la consulta en relación con disposiciones legislativas y administrativas de carácter general y con actos administrativos. Como ejemplo, cabe mencionar la ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que atribuye estas funciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia española.

VII. Conclusiones

El nuevo sistema argentino de defensa de la competencia reduce las distancias transoceánicas en los planos sustantivo, procesal e institucional, si bien perduran algunas diferencias derivadas, en parte, de la evolución histórica experimentada por el régimen de defensa de la competencia de la UE y, en parte, de los concretos objetivos de política legislativa que tratan de potenciar la LDC, como la separación funcional o la eficacia del programa de clemencia. Finalmente, a nuestro juicio, otras discrepancias se verán reducidas o desaparecerán como consecuencia de la aplicación administrativa y judicial de la nueva ley.

En el ámbito de las normas sustantivas, el legislador argentino opta por un test jurídico común para conductas anticompetitivas y las concentraciones identificado con un objeto o un efecto restrictivo de la competencia y cualificado por la afectación del interés económico general. Aunque *a priori* esta configuración es ajena al ordenamiento europeo, en el que el control de concentraciones surge como una rama separada, las diferencias se podrán ver limadas en la práctica dependiendo del estándar de prueba exigido por la jurisprudencia.

Más extraña resultaría desde la perspectiva de la UE, la referencia a “actos o conductas” innominados si amparara la sanción de comportamientos unilaterales por debajo del umbral de la posición de dominio. En cuanto a las prácticas colusorias, destacan la ausencia de mención expresa a las prácticas colusorias, los acuerdos que no sean entre competidores, la ineficacia de las prácticas que no sean “absolutamente restrictivas” y la justificación *ex post* ba-

(47) *Vid.* Organización para el Desarrollo Económico y la Cooperación, “Note by the European Union”, *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities*, DAF/COMP/WD(2014)107, 5/12/2014, párr. 40.

(48) *Vid.* la sentencia del Tribunal de Justicia del 19/10/2016 en el asunto C-424/15, “Xabier Ormaetxea Garai y otros c. Administración del Estado”, párr. 36.

(49) *Vid.* la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/9/2011 en el asunto “Menarini c. Italia”, recurso 43509/08, que permite interpretar que la plena jurisdicción del TJUE es suficiente para cumplir con el art. 6º.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

sada en eficiencias. En este último punto la LDC parece acogerse al sistema estadounidense de la regla de la razón.

En la vertiente procesal, las principales diferencias se registran en el procedimiento sancionador y son consecuencia del compromiso del legislador argentino con la garantía de un proceso equitativo mediante la separación funcional y la previsión de plazos estrictos. También se observan divergencias en el mayor ámbito del programa de clemencia que prevé beneficios adicionales a la dispensa y la reducción y se extiende a los ámbitos civil y penal.

Esta preocupación en la LDC por primar la aplicación efectiva de las normas se aprecia igualmente en el régimen de reclamaciones civiles, notablemente menos protector de la posi-

ción del demandante que el europeo, tanto en lo que respecta a los plazos de prescripción y a los elementos subjetivos del *dies a quo*, especialmente si cupiera interpretar la prejudicialidad administrativa como un supuesto de suspensión y no de interrupción, como a la omisión de un sistema de presunciones en lo que respecta a la repercusión del sobre coste.

Finalmente, el diseño institucional la LDC muestra la decidida intención de cumplir los estándares de los ordenamientos más garantistas a través de expedientes que aseguren la autonomía orgánica, operativa y presupuestaria de la autoridad, la competencia y la imparcialidad de sus miembros, la separación entre órganos de instrucción y resolución y la revisión de las decisiones por un tribunal independiente y especializado.

Nuevo derecho de competencia en Argentina: comentario de la ley 27.442 desde el derecho mexicano

CARLOS MENA LABARTHE (*)

I. Introducción

La nueva ley argentina de competencia es un paso enorme en la dirección correcta. Los nombramientos que ha hecho el presidente Macri en los órganos reguladores aunado a la entrada en vigor de la ley 27.442 y un esfuerzo verdaderamente admirable de parte del presidente Esteban Greco y el comisionado Pablo Trevisán de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y varios otros funcionarios, ha puesto de nueva cuenta a Argentina en el mapa mundial en materia de competencia.

En mi paso de diez años por la autoridad mexicana de competencia tuve el gusto de interactuar con muchas autoridades de todo el mundo y, sin embargo, por varios de esos años, extrañamos a la autoridad argentina. Se hablaba de algún pasado lejano donde Argentina había sido pionera en la materia. Se comentaba que en una época lejana allá existían autoridades fuertes que hacían uso de herramientas modernas como visitas sorpresa, que eran muy rigurosas en su análisis económico y que hacían cumplir la ley.

Increíblemente, desde mi punto de vista, los practicantes y académicos argentinos siguieron manteniendo un importante liderazgo internacional. Los autores de este libro justamente son la muestra de este grupo de líderes que se mantuvieron en las discusiones internacionales de punta en la materia. Me parece que esto aseguró que la semilla original nunca muriera y la planta renaciera tan rápido.

Por todo esto, es un gusto para las autoridades, los académicos y los practicantes de todos los países, pero en especial los latinoamericanos, encontrar hoy a una agencia renovada, a un país comprometido con la política de competencia y a representantes de primera línea tanto en la práctica como en la agencia, que hacen de la jurisdicción un nuevo líder regional. Celebramos también que los esfuerzos en el ámbito legislativo y regulador se complementen con esfuerzos de la academia y la difusión como esta obra. Para mí es un orgullo enorme participar con tan queridos colegas de un país tan admirado y cercano.

En mi comentario, obviamente no pretendo explicar o analizar a detalle las implicaciones de la nueva ley argentina, para eso tenemos a los abogados de competencia más notables del país reunidos en esta obra. Por el contrario, en el presente trabajo pretendo analizar la nueva política de competencia inserta en la nueva regulación, desde la perspectiva de México, así como un comparativo con otros esfuerzos de modernización legislativa en materia de competencia en otros países. El objetivo es dar un repaso a aciertos y desaciertos en la experiencia

(*) Socio de la práctica de competencia de la firma Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C. en la Ciudad de México. Fue el primer titular de la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, donde también fue Jefe de la Unidad de Planeación, Vinculación y Asuntos Internacionales y Director de Investigaciones. Estuvo encargado de negociar la nueva Ley Federal de Competencia Económica por parte de la COFECE.

mexicana que sirvan para el futuro de la política de competencia en la Argentina, comparando algunas figuras legales.

México ha pasado por un largo y complicado proceso de modernización en materia de competencia económica que ha requerido de tres grandes cambios legales y una reforma constitucional para llegar a donde estamos hoy. La experiencia mexicana, sin embargo, no se puede explicar simplemente con hablar de los cambios normativos, sino que requiere una explicación de los cambios institucionales, la implementación de esas reformas y los esfuerzos de los funcionarios encargados de ese proceso para entenderlo. Me parece que es el caso en Argentina también.

El objetivo de mi explicación del caso mexicano, además, es compararlo con el esfuerzo argentino para derivar aprendizajes que pudieran servir en ambas jurisdicciones para su desarrollo futuro y quizá nuevos cambios que se requieran hacer más adelante.

II. Derecho de competencia y la constitución mexicana

II.1. Los orígenes

La mayoría de los comentaristas del derecho de la competencia en México mencionamos constantemente que la Constitución de 1857 fue una de las primeras normas en el mundo que estableció la prohibición de los monopolios. Sin duda esta disposición fue un gran avance en el marco jurídico mexicano de la época. Desgraciadamente, esta no se implementó de manera efectiva hasta después de cientos de años. Es por lo que a nivel internacional nadie menciona este antecedente y se habla más bien de los inicios del derecho de la competencia con el antecedente de la Sherman Act americana de 1890 o de su antecesora canadiense de 1889 que tanto presumen nuestros colegas de aquel país.

En México, una nueva Constitución de 1917 (que es la que nos rige actualmente) recogió esta disposición que venía de 1857 y hace del art. 28 constitucional la piedra angular del sistema de defensa de la competencia y la libre competencia.

Como mencionaba, la disposición constitucional mencionada fue prácticamente letra

muerta hasta la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) que fue publicada en diciembre de 1992 y entró en vigor en junio de 1993. Con la entrada en vigor de la LFCE se crea la Comisión Federal de Competencia (CFC) como un órgano administrativo autónomo dentro de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) encargada de la aplicación de la ley de competencia. Aun con dicha naturaleza de órgano desconcentrado de la mencionada secretaría, la CFC contaba con autonomía técnica y operativa por ley. La realidad de esta independencia tuvo sus altibajos en cuanto a ejercer esa independencia por la liga necesaria con el ministerio que le controlaba el presupuesto y estaba encargado de fomentar inversiones en México. Un sistema donde los objetivos del ministerio y la agencia de competencia pueden estar encontrados, causa muchos conflictos y es algo que vale la pena analizar en el nuevo esquema de Argentina.

Al momento de su creación, la CFC se encontraba facultada básicamente para: 1) llevar a cabo investigaciones sobre violaciones a la ley de competencia a solicitud de partes interesadas o de oficio por la propia Comisión; 2) emitir su opinión sobre reglamentos administrativos y determinar el monto de las sanciones por violaciones a la ley; 3) realizar consultas, y 4) participar en la negociación de convenios internacionales sobre política de competencia. Además, en esta ley de competencia se contempló por primera vez la posibilidad de sancionar las prácticas monopólicas que en una terminología muy mexicana se denominaron “absolutas” (horizontales) y “relativas” (verticales), tratando de seguir las mejores prácticas internacionales (1).

La ley tuvo importantes reformas en 2006 y en 2011. Pero son la reforma constitucional de 2013 y la nueva ley de competencia de 2014 que generan los enormes cambios institucionales que transforman los principios de libre competencia y la competencia económica en los mercados. Para ello fue necesario que se introdujera un nuevo arreglo institucional y otorgar

(1) MENA LABARTHE, Carlos, “Biografía de una Comisión de Competencia”, en ROLDÁN - MENA, *Competencia económica. Estudios de derecho, economía y política*, Porrúa, México, 2007, p. 30.

nuevas facultades a los órganos reguladores respectivos con el claro objetivo de garantizar, de la manera más eficaz, el funcionamiento eficiente de los mercados.

II.2. Contexto de las reformas

Desde mediados de los años 2000, comentaristas, académicos, organismos internacionales, empresarios, gobierno y sociedad en general reconocieron la importancia del tema de competencia en México, centrando la discusión en los mecanismos necesarios a implementar para su eficiente desarrollo. Gracias a algunos esfuerzos significativos de importantes actores, los cuales permearon desde diferentes trincheras, se empezó a demostrar la necesidad de incrementar los esfuerzos para generar competencia en los mercados pues se identificaban problemas de concentración y prácticas de dudosa legalidad. Pero también porque se identificó a la política de competencia como un elemento central para impulsar la competitividad de la economía y el crecimiento económico en México. Varios actores, de manera atinada, empezaron a hacer énfasis en el potencial de incidir a través de la política de competencia, en la solución respecto a los problemas de: 1) bajo crecimiento económico; 2) insuficiente competitividad en los mercados, y 3) desigualdad en el ingreso.

Algunos otros ejemplos que reflejan la relevancia que el tema fue tomando entre 2006 y 2012 son los reportes emitidos por distintos organismos nacionales e internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Foro Económico Mundial (WEF por sus siglas en Inglés), el Banco de México (BANXICO [nuestro banco central]) y el Instituto Mexicano de Competitividad (IMCO [una organización no gubernamental líder en el país]). En sus reportes comentaban la creciente necesidad de introducir mayor presión competitiva en los mercados mexicanos porque se identificaba una gran falta de competencia, un exceso de regulación y sectores económicos cerrados. Asimismo, se explicó que la falta de competencia propiciaba el deficiente desempeño de la economía, razón por la cual se hacía énfasis en la necesidad de eliminar barreras existentes para la entrada a los mercados.

Un hito importante en este esfuerzo fue un estudio generado con el auspicio de la OCDE y la CFC, el cual identificó el impacto negativo que existe en los bolsillos de los mexicanos derivado de la falta de competencia en los mercados. En este estudio se muestra evidencia empírica de las pérdidas sociales derivadas del ejercicio de poderes monopólicos en México. El estudio denominado "Evaluación de los efectos distributivos y espaciales de las empresas con poder de mercado en México" (2), publicado en agosto de 2008 por Carlos M. Urzúa, presenta evidencia de que dichas pérdidas sociales no solamente son significativas, sino también regresivas, pues afectan más a los que menos tienen. Incluso la pérdida en el bienestar social es también diferente dependiendo la entidad federativa analizada. Los habitantes de los estados del sur de México son los más afectados por las empresas con poder de mercado.

El resultado de ese estudio demostró que en el sector urbano el impacto negativo de las empresas con poder de mercado va creciendo a medida que los hogares son más pobres. Algo similar ocurre en el sector rural, excepto que el impacto es aún más significativo.

Se pueden criticar algunos aspectos metodológicos del estudio, pero es de reconocer que tuvo tal resonancia que eventualmente fue uno de los argumentos utilizados por el presidente Felipe Calderón para proponer una serie de reformas legales en 2011. De igual forma, el citado trabajo, fue retomado por el presidente Enrique Peña Nieto en la exposición de motivos de la nueva ley de competencia propuesta en febrero de 2014. Todos estos factores incidieron en otorgarle mayor peso al tema de competencia económica y su potencial de incidir en el bienestar social.

Además, se conjuntaron con un momento social y político importante en los años siguientes. Ya desde el programa propuesto por el entonces candidato Enrique Peña Nieto (2012) se hicieron presentes estos diagnósticos. Asimismo, se reconoció el potencial para impulsar el crecimiento económico en México, mismo que se perfiló como uno de los ejes principales de su

(2) URZÚA, Carlos M., *Evaluación de los efectos espaciales de las empresas con poder de mercado en México*, Tecnológico de Monterrey, México, 2008.

campaña. En este sentido, el programa de campaña previó ajustes importantes en la política de competencia, y mejoras para el funcionamiento eficiente de los mercados.

II.3. Contenido de la reforma constitucional de 2013 y nueva ley de 2014

La reforma constitucional de 2013 pretendió corregir varios problemas en un mismo momento. En primer lugar, identificó la enorme ineficacia del sistema de regulación y competencia, misma que se manifestó de manera fundamental en el sector de telecomunicaciones, y por otro lado buscó generar un nuevo arreglo institucional que permitiera un reacomodo de facultades y poderes eficaces en la regulación promercado.

El detalle y alcance de la reforma constitucional fueron sorpresivos para muchos. Podríamos afirmar que gran parte de lo que se incluye en esa reforma y se adiciona a la Constitución, debería ser materia de la ley o incluso de un reglamento. Cuando uno lo compara con la experiencia argentina, puede ver que mucho de lo que en México se puso a nivel constitucional, en Argentina apenas merece un nivel legal o incluso se dejará en la regulación secundaria, como debe ser. Parecería que el nivel de detalle en México obedece, principalmente, a la desconfianza que hay hacia los órganos reguladores y al poder judicial. Esta desconfianza es, a su vez, reflejo de la poca credibilidad que tienen como entes capaces de lidiar con agentes económicos de enorme poder, dada la historia de ineficacia que han tenido en la implementación de la regulación, entre otros factores.

El elemento institucional es el primer componente que debe hacerse notar en esta reforma constitucional, al otorgar nivel de órganos constitucionalmente autónomos, con personalidad jurídica y patrimonio propios, tanto a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) como al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Con esta calidad se da un paso gigantesco en la construcción de un nuevo ecosistema regulatorio mexicano en materia de competencia.

Las relaciones entre estos órganos, COFECE e IFT, se alteran y generan un nuevo orden de in-

teracción con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Asimismo, la relación que existe con otros órganos reguladores tiene que ser replanteada. COFECE se encarga de la aplicación de la ley en todos los mercados excepto en telecomunicaciones y radiodifusión, donde el IFT se convierte en regulador y autoridad de competencia a la vez.

Nuevas reglas se introducen en el mismo precepto constitucional; por ejemplo: (1) la separación total de las facultades y objetos de análisis entre la COFECE y el IFT, y (2) la obligación de rendición de cuentas ante el Congreso de la Unión o mediante procedimiento judicial. Debe reconocerse que el precepto constitucional deja margen para establecer reglas adicionales, mediante el desarrollo legal posterior.

Como ya se mencionó anteriormente, en 2013 se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de México para mejorar el marco normativo de la competencia económica en nuestro país. Esta reforma se vio reflejada en la nueva ley de competencia, publicada en mayo de 2014. Dentro de los aspectos más relevantes de esta Ley se encuentran: (1) la instrumentación, desarrollo y regulación de nuevas facultades, a fin de que la COFECE pueda: a) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; b) determinar la existencia de insumos esenciales y emitir lineamientos para regular su acceso, y c) ordenar la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de agentes económicos en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos; (2) la incorporación de un nuevo tipo de práctica monopólica absoluta relacionado con el “intercambio de información” con el objeto o efecto de fijar precios, reducir la oferta, segmentar mercados o manipular licitaciones públicas; (3) la clasificación de la metodología para la evaluación de conductas que pueden ser constitutivas de prácticas monopólicas relativas y la incorporación de dos nuevos tipos de prácticas relacionadas con la explotación abusiva de un insumo esencial, y (4) la facultad para que el Ejecutivo, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía o la Procuraduría Federal del Consumidor, pueda presentar denuncias ante la COFECE de manera preferente.

Asimismo, se fortaleció el esquema de sanciones. Por ejemplo, se establece la sanción de inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de 5 años. Además de establecer multas hasta por el equivalente a doscientas mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal a quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta y orden de personas morales.

En esta nueva LFCE también se regulan programas de dispensa y reducción del importe de multas (clemencia) que incrementan la eficacia en la detección de conductas anticompetitivas.

Este documento normativo parece haber sido motivo de análisis del legislador argentino, pues algunos conceptos y sistemas de la ley mexicana se recogen en la ley argentina. Parece interesante, y adecuado, que las legislaciones de los países de la región empiecen a tener una polinización cruzada y se retomen conceptos regionalmente. Desde mi punto de vista, la convergencia legislativa en esta materia es cada vez más una realidad.

Aquí algunos elementos característicos de la Constitución y la nueva ley que tienen que ver con la tendencia internacional y se replican en el caso argentino también.

II.3.1. Independencia y separación interna

La constitución establece que los órganos reguladores serán “independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones”, y ejercerán su presupuesto de forma autónoma. Del mismo modo, emitirán su propio estatuto orgánico y sus propias disposiciones administrativas de carácter general, por lo que sus órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información.

En la resolución de sus asuntos, la COFECE y el IFT deliberarán colegiadamente y decidirán los asuntos por mayoría de votos. Sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público con las excepciones que determine la ley.

Referente al tema de arreglo institucional, un elemento fundamental establecido a nivel constitucional es la obligación del legislador de garantizar la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve los procedimientos seguidos en forma de juicio. Un atino también del legislador argentino.

En el caso mexicano, el objetivo era atender una vieja crítica referente a que el mismo órgano era juez y parte a la vez; argumentos y críticas que se presentaron desde los primeros años de la CFC y que se esgrimieron en diversos juicios. La discusión de la reforma constitucional dio lugar a un modelo *sui generis* y complicado de aterrizar (tal y como veremos en el diseño que finalmente se legisló).

Al respecto es importante considerar que en la experiencia internacional, básicamente, se conocen dos modelos: (1) el de fiscaltribunal, y (2) el de agencia con poderes de adjudicación.

En el primer modelo, existe una agencia de competencia que investiga y recurre a un Tribunal, que puede ser especializado o no, para que juzgue la conducta. Ejemplos de este modelo son: Chile, Estados Unidos (en algunos casos), Canadá y Sudáfrica.

Por su parte, el modelo de agencia con poderes de adjudicación supone la existencia de una misma agencia administrativa que investiga y juzga los casos. Determina las multas y sanciones. No obstante, en algunos casos existen ciertos matices internos. Algunos países que funcionan bajo este esquema son la Unión Europea, Japón, China, Perú y Estados Unidos.

Como se puede ver, el caso mexicano y creo que es el caso ahora del modelo argentino, es un híbrido de los modelos. La nueva ley de competencia en México trajo consigo la creación de la Autoridad Investigadora. Esta se constituyó como órgano técnico con autonomía técnica y de gestión frente al Pleno, permitiendo así la máxima independencia en la sustanciación de las investigaciones y facilitando la distinción entre órgano investigador y resolutor, aun cuando ambos pertenezcan a la misma autoridad. Esta es una gran distinción frente al resto de las agencias de competencia económica a

nivel mundial con poderes de adjudicación, ya que estas suponen que un mismo órgano investigue y resuelva.

De esta manera, el modelo de la COFECE cuenta con: 1) un órgano investigador; 2) un órgano resolutor, y 3) un órgano revisor. Lo anterior promueve un sano sistema de pesos y contrapesos en cada una de las etapas del procedimiento, permitiendo así que cada órgano se maneje con independencia e imparcialidad en sus decisiones.

II.3.2. Rendición de cuentas

Un segundo elemento fundamental en el tema de diseño institucional que viene desde la Constitución es lo relativo a la rendición de cuentas. En este sentido, se establecieron diversas obligaciones para la COFECE y el IFT, entre ellas que los titulares de los órganos presenten sus programas de trabajo anualmente a los poderes Ejecutivo y Legislativo. De igual manera, se establece la obligación para presentar informes trimestrales a estos mismos órganos de gobierno, la obligación de comparecer ante la Cámara de Senadores anualmente y ante las Cámaras del Congreso cuando les sea requerido por estas y cuando se requiera su participación en la discusión de una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivas actividades. El Ejecutivo Federal podrá solicitar a cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión la comparecencia de los titulares.

La Constitución establece que las leyes reglamentarias deberán promover la transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos. En este orden de ideas, se creó un sistema de pesos y contrapesos que dotara de autonomía a los nuevos órganos reguladores a cambio de garantizar la máxima publicidad de todas las decisiones, acuerdos y resoluciones adoptadas por sus órganos de gobierno. Como resultado de lo anterior, la COFECE deberá publicar la versión estenográfica de sus sesiones, sus acuerdos y resoluciones del Pleno en su sitio de internet, preservando en todo caso la secrecía de las investigaciones y procedimientos, la información confidencial y la información reservada.

El Poder Legislativo decidió blindar con mayor transparencia el contacto que tendrán los encargados de la regulación de los mercados con las personas que representen los intereses de los agentes económicos, a fin de generar en la sociedad mayor credibilidad y confianza en el trabajo realizado por estos órganos autónomos. Para conseguirlo, la ley reglamentaria precisa la formalidad que debe cumplir el contacto entre los Comisionados y los agentes económicos, el registro de los temas abordados, así como el nombre de los participantes. Esta información será pública en el portal de Internet de la Comisión y las entrevistas serán grabadas y almacenadas en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, manteniéndose como información reservada. Este es un tema que ha sido criticado por brindar extrema rigidez a las relaciones de los privados con el gobierno.

II.3.3. Nombramientos

Un tercer elemento clave hablando del diseño institucional es el tema de los nombramientos de los comisionados y el presidente de los órganos.

La nueva redacción del art. 28 constitucional establece que los órganos de gobierno, tanto de la COFECE como del IFT, se integrarán por siete Comisionados, incluyendo el Comisionado Presidente elegidos mediante una convocatoria pública. En este sentido, para la elección de los Comisionados se conformará un Comité de Evaluación responsable de emitir la convocatoria pública a ocupar la vacante, verificar que los aspirantes cumplan con todos los requisitos establecidos en la Constitución y aplicar un examen de conocimientos con el que se evaluará el grado de especialidad y dominio de conceptos. Concluido este proceso, el Comité enviará al presidente de la República un listado de los aspirantes que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas y será responsabilidad de este último elegir de entre los más destacados, al candidato o candidatos que someterá al Senado de la República para ratificar su nombramiento. Dicha ratificación se hará por el voto de las dos terceras partes de los legisladores presentes y los Comisionados durarán en su encargo nueve años y

por ningún motivo podrán desempeñar nuevamente ese cargo.

II.3.4. Facultades

Los temas más importantes de largo plazo para la efectividad de una agencia desde mi punto de vista son facultades y presupuesto.

En este sentido, un elemento de la mayor relevancia es la introducción de nuevas facultades para que la COFECE cumpla eficazmente con su objeto, entre ellas la de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre competencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Un elemento muy importante de la reforma al sistema mexicano pero que es un reto siempre presente es el adecuar el sistema judicial. Para mí, un acierto de la reforma constitucional en México se refiere a la creación de jueces y tribunales especializados en materia de telecomunicaciones y competencia económica. Con este cambio se pretendió enviar una señal positiva a los mercados: las resoluciones se emitirán con amplios conocimientos técnicos, logrando en última instancia complementar eficientemente el actuar de las autoridades administrativas.

II.3.5. Evolución de la comisión de competencia

Como lo comentaba anteriormente, la agencia de competencia de México es muy especial desde su origen. Esto sucedió gracias a diversos factores que influyeron en el surgimiento de una verdadera ley y una agencia de competencia, tales como: (1) las convicciones personales de algunos funcionarios públicos en los gobiernos de corte liberal formados en escuelas de pensamiento económico moderno; (2) las influencias del exterior, y (3) las presiones externas para crear una agencia de competencia. La negociación de un tratado de libre comercio para América del Norte, y el surgimiento del Estado Regulador, la influencia de organismos internacionales tales como la OCDE, la influencia de algunas empresas extranjeras u organismos empresariales que promovían una iniciativa como esta. Algunos de los nuevos entrantes al mercado o de filiales de empresas extranjeras

veían en la actividad de empresas con amplio poder de mercado a agentes con claras tendencias a actividades monopólicas que requerían una acción gubernamental y que los mecanismos existentes no permitían la acción efectiva del gobierno en estos sectores, etcétera.

Desde su origen se consideró que la LFCE implementó acciones de modernización económica en favor de la competitividad, la promoción del comercio internacional y el desarrollo de un sistema de regulación económica que promoviera la “conurrencia, la participación y la creatividad de todos los mexicanos en la producción y comercialización de bienes y servicios”, así como “acciones esenciales para generar empleos cada vez más productivos y mejor remunerados”. La ley fomentó una política de competencia reduciendo convenientemente los efectos negativos en eficiencia de los monopolios y las prácticas anticompetitivas. En aquel documento ya se reconocía que los efectos de las prácticas monopólicas alcanzan no solo al comprador inicial del bien sino también a los consumidores finales, el empleo, la competitividad y la distribución del ingreso.

Me parece que un similar contexto se da hoy en Argentina. Una convicción del gobierno y las fuerzas políticas de que el organismo de competencia era débil y debía reforzarse, un interés mayor en la aplicación de la ley de competencia, una agencia independiente, obtener legitimidad, a través de una exposición mayor a los medios de comunicación.

Tal como fue en el caso mexicano, me parece que la nueva ley de argentina y el nuevo arreglo institucional permitirán lo siguiente:

1. Facilitar el cumplimiento de la legislación de competencia

Normalmente las empresas quieren cumplir con la regulación en materia de competencia. Los asesores normalmente recomiendan formas para cumplir con ella. Por eso es importante que tanto la norma como la agencia responsable de su aplicación den forma a los sistemas de cumplimiento a través de diversos mecanismos como los siguientes: (1) explicar la ley. Cosa que veo a la agencia argentina haciendo mucho dentro y fuera de Argentina, (2) promover mecanismos de cumplimiento o *compliance*,

(3) dentro de este rubro se contempla la posibilidad de terminar los procedimientos anticipadamente, a través de compromisos pactados con los agentes económicos para dejar de realizar conductas ilegales; (4) el establecimiento de audiencias, y (5) el endurecimiento del sistema en materia de notificación de concentraciones que si bien es una carga importante, sirve para dar certidumbre.

2. Mejorar la eficacia, eficiencia y transparencia en las operaciones de la CNDC

A través de la diferencia de funciones, el nuevo arreglo interno y las obligaciones y esfuerzos de rendición de cuentas.

Un atino ha sido el esfuerzo de explicación de la ley en diversos foros y oportunidades.

3. Fortalecer la política de competencia a través de instrumentos efectivos para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas

Este rubro incluye: (1) el incremento en las sanciones aplicables; (2) la agilización de visitas de verificación; (3) la agilización de ejecución de las resoluciones, y (4) el renovado control de concentraciones.

III. Retos para un nuevo sistema de competencia

En términos de retos ante un nuevo sistema como en la argentina, me parece que las agencias de competencia siguen enfrentando los mismos problemas.

En diversos trabajos he mencionado que las agencias se enfrentan a las siguientes complicaciones:

1. Tener claridad en la misión y planear estratégicamente

La autoridad debe planear sus intervenciones y ser muy estratégica. En el caso de México, por ejemplo, la COFECE adoptó un Plan Estratégico 2014-2017 que facilita este constante proceso de evolución. Ahora ha hecho público un nuevo plan para 2018-2021. Con ese Plan Estratégico COFECE comunica a la sociedad su misión, los valores que la rigen, los objetivos que persigue y las líneas estratégicas que guiarán su actuar

y se planteó 4 objetivos principales, los cuales consistieron en: (1) cumplir con el mandato constitucional y legal en materia de competencia económica; (2) promover los beneficios y la cultura de la competencia entre los actores económicos y en la sociedad en general; (3) contribuir al crecimiento económico y al bienestar de la sociedad a través del impulso a la competencia en los mercados, y (4) ser una institución de excelencia, reconocida por su apego a la legalidad, imparcialidad, objetividad, transparencia y profesionalismo.

2. Priorizar

Las autoridades deben tener claro cómo organizar el trabajo y sus recursos. Tomando el mismo ejemplo mexicano, en sus planes estratégicos, la COFECE se plantea sectores prioritarios así como criterios de priorización dentro de esos sectores. Los criterios de priorización que tradicionalmente ha usado son los siguientes: (1) crecimiento económico; (2) consumo generalizado; (3) impacto transversal; (4) hogares de menores ingresos; (5) sectores regulados, y (6) las regulaciones que puedan facilitar los acuerdos colusorios o el abuso de poder sustancial.

3. Construir un dialogo con la sociedad y darse a conocer

Las agencias deben justificar su existencia en un entorno que normalmente les es adverso. En este sentido, una agencia nueva o transformada se enfrenta al reto y la necesidad de construir comunidades interpretativas para generar puentes de entendimiento entre la agencia y los principales actores de su entorno regulatorio, promover la cultura de la competencia y establecer un lenguaje de competencia en las políticas públicas y la sociedad.

4. La rendición de cuentas y legitimación amplia

En este sentido, existe un enorme reto en demostrar que las intervenciones del agente regulador son adecuadas. Que está metiendo las narices donde debe y que lo está haciendo bien. Esto lo debe demostrar muy rápido. En ese sentido, se considera que el seguimiento y evaluación de mercados en que los que la CNDC

intervenga debe hacerse pronto. Las agencias deben tener indicadores claros y seguimiento.

5. *Incidir en la regulación económica*

Finalmente considero relevante cuidar la intersección entre la regulación sectorial y la regulación de competencia en un entorno cambiante y de nuevo arreglo económico, especialmente, en sectores como: financiero, telecomunicaciones, energía y transporte; no solo por la historia de privatizaciones en dichos sectores en las economías de nuestros países, sino también por las prácticas comerciales existentes, los grandes problemas estructurales y la regulación sectorial que muchas veces generaba efectos adversos en competencia.

Como en el caso de varias agencias en el mundo, observo que se ha fortalecido enormemente el sistema en Argentina, pero seguirán los enormes retos de ajuste organizacional, de manejo de expectativas y generación de capacidades humanas, dentro y fuera de la autoridad.

William E. Kovacic(3), en su obra *Competition Agency Design: What's on the Menu?*, centra su atención en la "ingeniería" y diseño de la agencia de competencia, así como en la aplicación de la política de competencia sustantiva. Nos dice que la innovación en el diseño de la agencia involucra tres etapas distintas: 1) la identificación de las deficiencias en los acuerdos existentes; 2) el desarrollo de una propuesta de reforma; y 3) una batalla sobre si adoptar la propuesta planteada. En nuestro proceso de decisión debemos emprender acciones informados de los beneficios y costos en los que se incurre en cada etapa del proceso.

Kovacic afirma que la única manera de saber cómo funciona el prototipo es echándolo a andar. Del mismo modo, la única manera de entender la calidad de un diseño de sistema de competencia es implementándolo. Mejorar la calidad de una institución no ocurrirá sin la evaluación periódica del desempeño del sistema y el ajuste constante. En México se dice, andando la carreta se acomodan las calabazas.

La CNDC en sus primeros pasos ha dejado claro el derrotero. No es muy diferente al que han seguido las agencias líderes en el mundo:

1. *Lucha contra los cárteles*, incluyendo el cuidado de la gran herramienta que la nueva ley le ha dado que es el programa de clemencia.

2. *Visitas sorpresa*. Integrar bien el procedimiento de visitas sorpresivas y otras herramientas importantes de investigación. Investigar prácticas es la clave número 1.

3. *Cooperación internacional*. Se debe tener en la mira la constante cooperación internacional en casos y en otras formas, de manera bilateral y multilateral.

4. *Estudios de mercado*. La CNDC tiene la facultad para llevar a cabo estudios de mercado. Estos cumplen una importante función de abogacía en diversas jurisdicciones alrededor del mundo.

5. *Concentraciones*. La literatura internacional reconoce que las concentraciones pueden aumentar la eficiencia de las empresas e impactar positivamente en el mercado. Por ejemplo, pueden reducir los costos en importaciones, los cuales a su vez pueden conducir a la disminución de los precios o a mejorar la calidad de los productos. Sin embargo, existen concentraciones que pueden tener efectos negativos, especialmente cuando se trata de concentraciones horizontales entre competidores. La nueva ley argentina revoluciona el sistema de control de concentraciones y puede ser el *shock* más grande para el entorno de mercado del país. La nueva ley establece los supuestos en los que las concentraciones deberán ser autorizadas o rechazadas por la CDNC. Este análisis deberá analizar las implicaciones de la concentración que se propone y evaluar las consecuencias de dicho proceso en el mercado. La CNDC debe comprometerse a reducir al máximo los tiempos de análisis para no convertirse en un cuello de botella internacional. Hoy varias jurisdicciones, entre ellas México, se consideran complicadas en términos del tiempo que toma que resuelvan las concentraciones. El cambio de sistema debe cuidarse y mejorarse constantemente. Uno de los mayores retos para las autoridades es la autorización de concentraciones

(3) GWU Legal Studies Research Paper nro. 2012-135, GWU Law School Public Law Research Paper nro. 2012-135, Illinois Public Law Research Paper nro. 13-26.

con el máximo rigor técnico y el más alto grado de *expertise* por parte del área encargada de su análisis. El objetivo final es lograr que las resoluciones sean expeditas, se apeguen a derecho e impongan compromisos o se nieguen solo en aquellos casos cuando se identifiquen claros riesgos a la competencia.

6. *Abogacía*. En un entorno tan cambiante, considero importante incidir en la regulación y establecer un diálogo con los otros poderes y niveles de gobierno para incidir en posibles barreras normativas. El objetivo aquí debería ser construir regulaciones pro-competitivas y comunicarlas adecuadamente.

IV. Conclusión

El derecho de la competencia en Argentina se ha transformado irremediamente. Los comentaristas internacionales festejamos este nuevo modelo, este nuevo regulador y el regreso de nuestros colegas argentinos a la escena internacional de la competencia económica.

En un entorno cada vez más globalizado e interdependiente, no puede asegurarse un buen

sistema de regulación de la competencia sin que las principales jurisdicciones del mundo se coordinen, cooperen y aprendan las unas de las otras. Las organizaciones internacionales como la Red Internacional de Competencia o la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos son foros que permitirán intercambiar experiencias muy valiosas y enriquecer el debate en la materia. Sin embargo, creo que todavía falta mucho para contar con verdaderos organismos internacionales. Al día de hoy, las agencias deben establecer diálogos bilaterales o regionales para asegurar la eficacia de sus sistemas de competencia. En el engranaje latinoamericano, faltaba una importante pieza. La de Argentina. Hoy festejo enormemente los avances y la dirección que ha tomado este país en el ámbito de promover y asegurar la competencia.

Estoy convencido de que la competencia genera eficiencia en los mercados y con ello se logra el crecimiento económico, el desarrollo y mejorar los problemas de equidad e inclusión social. Al proteger la independencia del regulador, sus facultades y la revisión judicial en este ámbito, logramos un mejor sistema de mercado para todos. Más justo y democrático.

Breves comentarios acerca de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño

RICARDO INGLEZ DE SOUZA (*)

I. Introducción

Es innegable que el derecho de la competencia es una rama del derecho que tiene mucha convergencia internacional entre las más diferentes jurisdicciones. La inspiración inicial en los modelos que desarrolló la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)(1), reforzada indirectamente por el Consenso de Washington, y después el intercambio de experiencias a través de la *International Competition Network* (ICN)(2) pueden explicar por qué hoy tenemos legislaciones cada vez más semejantes entre los países.

Brasil y Argentina, además de también sujetarse a las influencias internacionales, siempre buscarán mirarse y aprender de la experiencia

(*) Abogado brasileño. Miembro de Foro Competencia, del IBRAC, de la Comisión de Defensa de la Competencia del Colegio de Abogados de Brasil, en São Paulo.

(1) Las recomendaciones de la OCDE para la integración de la defensa de la competencia en la agenda de los países existen desde hace mucho tiempo. P. ej.: *Recommendation of the Council on Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors*, que es de 1979 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0181>, última visita en 30/7/2018).

(2) En la ICN existe un grupo de trabajo para discutir y proponer soluciones para la efectividad de las autoridades de defensa de la competencia (Agency Effectiveness Working Group - AEWG). Este es un ejemplo de iniciativa que promueve el intercambio de experiencias y que resulta en cierta armonía entre las autoridades de defensa de la competencia. (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current-agency-effectiveness.aspx>, última visita el 30/7/2018).

del otro. En el pasado reciente, Brasil sancionó la ley 8884, de 1994, que fue una muy importante modernización de la legislación de defensa de la competencia. Enseguida, en 1999, Argentina anunció la ley 25.156, más moderna que la ley brasileña. Brasil ha actualizado su legislación a lo largo de estos años y recién en 2012 se dictó la ley 12.529, que reemplazó la ley 8884.

Finalmente, Argentina saltó “de la protesta para la propuesta” (3), o de la experiencia a la evolución normativa. La nueva Ley de Defensa de la Competencia proporciona cambios que modernizan el sistema argentino e incorporaron reglamentos necesarios que seguramente van a crear las condiciones para fomentar un mercado más competitivo para la sociedad argentina.

Dicha evolución no elimina la complejidad de la reglamentación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia en los países de la región, que sufren de este movimiento pendular de más o menos intervención del Estado en la economía, de más o menos liberalización de la economía, de más o menos protección y de más o menos informalidad en la economía, como bien relató Peña (4).

(3) AGUINIS, Marcos, *El atroz encanto de ser argentinos*, 1ª ed., Planeta, Buenos Aires, 2002, p. 227.

(4) PEÑA, Julián, “Los límites que enfrenta la defensa de la competencia en Latinoamérica”, *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, año 20, vol. 24, 2013, ps. 211-231.

Argentina, así como Brasil, ha sido afectada por el *gran cambio* revelado por Polanyi (5), según el cual las instituciones de la sociedad pasarán a ser guiadas por la lógica económica. En este contexto, las reglas de libre competencia se han modernizado para tratar de equilibrar estas fuerzas y de alguna forma humanizar más las relaciones sociales a través de una justicia social que prohíbe el abuso de la fuerza y evita las estructuras que son más susceptibles a dichos abusos.

La intención de hacer una comparación valorativa entre las leyes brasileña y argentina de defensa de la competencia permite una infinidad de posibilidades. Sin embargo, se han seleccionado cuatro aspectos: (i) diseño e independencia institucional de las autoridades de defensa de la competencia; (ii) control de concentraciones; (iii) cárteles; y (iv) programa de clemencia.

II. Autoridad de Defensa de la Competencia

Los paradigmas valorativos que diferenciaban a las legislaciones de los dos países en lo que respecta al diseño e independencia de las autoridades de defensa de la competencia no eran muy importantes en la teoría. La ley 25.156 ya preveía la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en Argentina (6).

Sin embargo, el tribunal no fue creado y la defensa de la competencia en Argentina fue desarrollada bajo la autoridad de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y siempre con vínculo (y, por ende, bajo mayor influencia) a una autoridad política.

La dinámica de la forma en la que la ley anterior fue aplicada en Argentina garantizó que la

CNDC se sujetara a la influencia política. Según relato de la OCDE, dicha influencia se ejerció de forma más intensa en los años 2000 que en los 90. Todas las decisiones de la Comisión debían ser aprobadas e implementadas por la Secretaría del Ministerio de Producción, o en los últimos años, del Ministerio de Economía y Producción. En casos de fusiones muy importantes había información de que la Comisión sufría influencia de la Secretaría u otras autoridades. Incluso en algunos casos se registró un posible uso de investigaciones como medida de control de precios y en contra la inflación (7).

La ley 22.442 creó a la Autoridad Nacional de la Competencia. Dentro de la dicha Autoridad funcionará el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.

La actual ley brasileña consolidó un diseño institucional según el cual el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) es formado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y por la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE). Dentro del CADE funcionan el Tribunal Administrativo de Defensa Económica (Tribunal), la Superintendencia General (SG) y el Departamento de Investigaciones Económicas (DEE). La SG también se organizó de manera tal que tiene equipos separados, uno para el control de concentraciones y otro para la represión de las conductas anticompetitivas.

La primera (y quizá principal) semejanza entre los dos regímenes legales es la importante independencia que han proporcionado a las autoridades de aplicación de sus leyes de defensa de la competencia. En los dos países la autoridad va ser independiente, tener presupuesto propio y sus principales integrantes (vocales y secretarios) tendrán cargos fijos y protegidos de los humores de los gobiernos. Además,

(5) POLANYI, Karl, *A Grande Transformação*, versión Kindle, 2013.

(6) Ver art. 17. Créase el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley. Tendrá su sede en la Ciudad de Buenos Aires pero podrá actuar, constituirse y sesionar en cualquier lugar de la República mediante delegados que designe el presidente del Tribunal. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales.

(7) OCDE, "Derecho y política de la competencia en Argentina: examen inter-pares", Francia, 2006, p. 38. Ver también: <https://www.cronista.com/economia-politica/Se-fueron-los-ultimos-kirchneristas-de-Defensa-de-la-Competencia-y-esta-en-funciones-Eduardo-Greco-que-apuntara-al-ingreso-de-Argentina-en-la-OCDE-20160204-0095.html> (última visita en el 30 de julio de 2018).

el proceso de elección se inicia en el Ejecutivo y exige la aprobación por el Senado. Eso también favorecería la elección de individuos más técnicos y neutrales.

En Argentina la neutralidad de la elección es aún más fuerte, dado que la terna de candidatos es elegida por un jurado formado por representantes del gobierno y de la sociedad civil.

Todavía es importante entender cómo serán interpretadas las causas de remoción de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia, ya que algunas de las hipótesis son muy abiertas, tal como “mal desempeño de sus funciones”.

El Tribunal argentino será formado por un presidente y cuatro vocales, siendo por lo menos dos abogados y dos economistas. En Brasil, el Tribunal está formado por siete miembros y no hay cantidad mínima de abogados o economistas.

Considerando los casos de investigación de conductas anticompetitivas, una crítica que es aplicable para las dos jurisdicciones es que la conducción de la investigación se hará sin la mediación de una parte neutral, aunque siga un supuesto debido proceso legal. La Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas recibirá y hará la gestión de los expedientes en los que cursa la etapa de investigación de las infracciones. En esta función, la Secretaría recibirá la denuncia, realizará las audiencias, careos, producirá pruebas y propondrá las imputaciones que correspondan en cada caso. En Brasil, la SG tiene prácticamente los mismos poderes. Sin embargo, sería más conveniente que fuera designado, para estos casos de investigación de conductas, un miembro del Tribunal para actuar como “juez” de la investigación desde su principio. En este caso, la Secretaría sería responsable por conducir la investigación, pero siempre con el arbitrio de un miembro del Tribunal. De esta forma, se podría obtener dos efectos positivos: (i) mayor neutralidad en la conducción de las investigaciones; y (ii) el Tribunal ya estaría de alguna forma familiarizado con los casos más sensibles.

Finalmente, es importante destacar que la ley argentina fue más allá e incluyó la creación de

la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, dentro del marco de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal. La idea de especialización de la justicia para revisar los temas de defensa de la competencia también existe en Brasil(8), pero todavía no se crearon dichas salas especializadas en Brasil. Este parece ser un avance muy interesante en Argentina. La experiencia en Brasil nos enseña que la falta de especialización puede generar decisiones no alineadas con los principios de la Ley de Defensa de la Competencia.

III. Control de concentraciones

El control *previo* de concentraciones fue considerado “una de las principales novedades introducidas por la ley 25.156” por Peña que incluso mencionó a los fundamentos del proyecto de ley presentado por el diputado Rodolfo Gabrielli que sostuvo que por existir el riesgo de producción de efectos negativos se previó la notificación previa para las operaciones que se realizaran dentro de los parámetros de la ley(9).

El artículo octavo de la ley 25.156 ya preveía la obligación de notificación *previa* de las concentraciones. Sin embargo, la redacción también mencionaba la posibilidad de notificar la concentración una semana a partir de la fecha de cierre del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. Según Del Pino & Lozano, la aparente contradicción de la ley debería ser interpretada como una autorización precaria. Las partes podrían consumir la toma de control pero dicha consumación estaría sujeta a condición resolutive de que en caso de que la Comisión no autorizara la concentración, las partes deberían deshacerla y volver todo a como era antes de la consumación (10).

(8) FURLAN, Fernando de Magalhães, *Especialização Judicial: Uma solução Econômica para a Administração da Justiça*, São Paulo, 2017.

(9) PEÑA, Julián, *Control de concentraciones económicas: marco normativo e interpretación jurisprudencial*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 15.

(10) DEL PINO, Miguel - LOZANO, Gabriel H., “Argentina: questões de controle de concentrações econômicas a serem levadas em conta”, *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, año 18, vol. 20, 2011, ps. 429-436.

Brasil, por otro lado, incorporó en 2012 un control previo efectivo. Desde ese año las concentraciones son sometidas para aprobación de la autoridad de defensa de la competencia previamente.

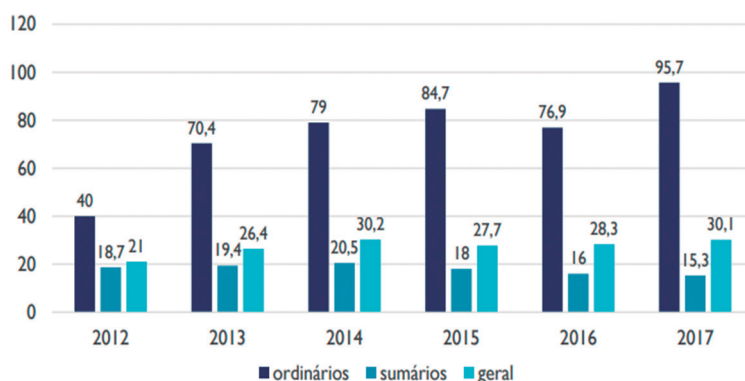
Hubo una gran preocupación acerca de la capacidad de la autoridad de cambiar de regla y, al mismo tiempo, cumplir con la agilidad de análisis y aprobación de la mayoría de los casos que no tiene cualquier efecto importante sobre

la competitividad en el mercado, aunque cumplan los umbrales legales.

En este sentido, ha sido muy importante para la autoridad brasileña la creación del procedimiento sumario. Actualmente, más del 90% de los casos son analizados bajo el procedimiento sumario en Brasil.

Los tiempos de aprobación de la autoridad brasileña son muy razonables:

Tiempo promedio de análisis (en días)



Fuente: CADE.

Acercas de los tipos de concentración que están sujetas a la aprobación previa de la autoridad brasileña, aunque se utilicen distintas formas de decirlo, las dos jurisdicciones poseen un espectro muy semejante de operaciones que se sujetan a dicho control(11). Sin embargo, hay dos puntos que merecen ser mencionados por separado. El primero es que la ley brasileña no tenía en el pasado y continua sin un criterio *de minimis* como el que previsto en el art. 11, inc. e) de la ley 27.442. El segundo es que en Brasil se previó que contratos con carácter “asociativo” estaría sujetos a la aprobación previa.

Según la ley brasileña, son operaciones sujetas a la aprobación previa:

- Fusiones entre dos o más empresas independientes.
- Adquisición por una o más empresas, directa o indirectamente, por compra o canje, de acciones, cuotas, títulos o valores mobiliarios convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otra forma, el control o participación en una o más empresas.
- Incorporación de una o más empresas.
- Dos o más empresas firman contrato asociativo, consorcio o *joint venture*.

No están sujetas a la aprobación de la autoridad brasileña las operaciones destinadas a las licitaciones promovidas por la administración pública, directa o indirecta, y a los contra-

(11) ROSENBERG, Barbara - BERARDO, Jose Carlos da Matta - BECKER, Bruno Bastos, “Apontamentos Introdutórios sobre o Controle de Concentrações Econômicas na Lei Brasileira”, en COUTINHO, Diego R. - DA ROCHA, Jean-Paul Veiga - SCHAPIRO, Mario G. (coords.), *Direito Econômico Atual*, Forense, Rio de Janeiro 2015, p. 205.

tos que surjan como consecuencia de dichas licitaciones.

Los umbrales de facturación también están presentes en la ley brasileña. En Brasil, una concentración cumple los umbrales de facturación cuando:

- Por lo menos uno de los grupos involucrados en la operación tenga registrado, en el último balance, facturación bruta anual o volumen de negocios en el país de R\$ 750.000.000,00.
- Por lo menos otro de los grupos involucrados en la operación tenga registrado, en el último balance, facturación bruta anual o volumen de negocios en el país de R\$ 75.000.000,00.

Con este criterio doble de facturación la ley brasileña buscaba evitar la notificación de nuevos entrantes en el mercado a ejemplo de lo que propone el art. 11, incs. c) y d) de la ley 27.442.

La principal fuente de costeo directo de la autoridad brasileña es el arancel que se cobra para la notificación de una concentración. Posiblemente esta será la misma realidad en Argentina. Sin importar la dimensión de la concentración, se cobra para cualquier notificación de concentración en Brasil el arancel de R\$ 85.000,00.

Con la adopción del control previo, se convierte en algo esencial la definición del *gun jumping* (12). En Brasil, se aplican multas altas en casos donde las partes que cierren (aun parcialmente) las operaciones antes de obtener la aprobación previa de la autoridad de defensa de la competencia en Brasil (13). Las multas pueden alcanzar hasta R\$ 60.000.000,00. La nueva ley argentina ha incrementado los montos de dicha penalidad y es muy importante que sea rigurosa en la aplicación de dicha regla para que se consolide el sistema de control previo.

(12) ABA. Antitrust Law Developments (7th), vol. I, coord. Jonathan I. Gleklen, Chicago, 2012, p. 401.

(13) SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da, "Gun-jumping e Atos Até o Fechamento de Operações: a Proteção do investimento no Contexto da Análise Prévia de Atos de Concentração", *Revista do IBRAC: direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, año 20, vol. 24, 2013, p. 21.

CADE ha publicado un guía para que los interesados conozcan en mejor detalle el riesgo de la aplicación de la multa por *gun jumping* (14). Existen innumerables casos en los que la multa por la tardanza en notificar fue aplicada (15). CADE ya ha utilizado incluso artículos de la prensa para identificar casos de incumplimiento de la obligación de esperar por la decisión final para cerrar la operación. Se ha aplicado multas de R\$ 30.000.000,00 en el caso de la concentración entre Cisco y Technicolor (16) por un artículo que afirmaba que la operación producía efectos de manera *inmediata*. La única posibilidad de cierre de la operación antes de la aprobación final de la autoridad brasileña es a través de una decisión preliminar de la misma autoridad que autorice dicho cierre que, en general, será parcial.

Los terceros interesados también están permitidos en Brasil. Sin embargo, a diferencia de lo propuesto por la ley 27.442, en Brasil hay un procedimiento específico para aceptar a los terceros y, una vez que sean aceptados, la autoridad brasileña tiene la obligación de considerar sus comentarios. Al igual que la ley argentina, en Brasil hay penalidad para los terceros que ingresen en el expediente con el objetivo de simplemente dificultar la aprobación de la concentración con informaciones que sabe que son falsas.

IV. Cárteles y otras conductas

La legislación brasileña no ha cambiado mucho en lo que respecta a la represión de cárteles y otras conductas consideradas anticompetitivas. De hecho, el cambio legislativo que entró en vigencia en el 2012 cambió muy poco o prácticamente nada en este aspecto.

Por otro lado, la nueva ley argentina parece haber buscado ser más objetiva acerca de la clasificación de las conductas anticompetitivas.

Según el artículo segundo de la ley 27.442, constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume perjuicio al inte-

(14) http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf (última visita en 30/7/2018).

(15) Atos de concentração nros. 08700.002285/2014-41, 08700.008292/2013-76, 08700.008289/2013-52, 08700.007899/2013-39 e 08700.005775/2013-19.

(16) Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nro. 08700.011836/2015-49.

rés económico general, los acuerdos (bajo cualquier forma) entre competidores que resulten en:

- Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado.
- Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios.
- Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento.
- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

No está claro si estas conductas serán consideradas como ilegales *per se* o si todavía se valorará el contexto y el balance entre beneficios, eficiencias y restricciones a la competencia para que se determine si la conducta es o no anticompetitiva. Al mismo tiempo que la ley 27.442 dice que estos acuerdos son *absolutamente* restrictivos a la competencia, establece que hay una *presunción* de perjuicio al interés económico general. El dec. 480/2018 tampoco clarificó este aspecto de la nueva ley. Para Del Pino & Del Río no se incorporó el concepto de ilícito *per se* en la ley argentina (17).

De todos modos, es cierto que la autoridad argentina tendrá más facultades y las partes tendrán que cuidar de no incurrir en los casos clásicos de cartelización, división de clientes, división geográfica del mercado, coordinar las cantidades y calidades producidas y burlar la competencia en licitaciones públicas.

Parecería ser una tendencia equivocada de las dos jurisdicciones incluir el fraude en las licitaciones públicas como una infracción prác-

ticamente autónoma. La ley brasileña no es tan explícita, pero en la práctica se está aplicando del mismo modo en el que se trata el tema en la ley 27.442. Si bien es verdad que el acuerdo entre competidores para fijar el resultado en una licitación pública puede representar riesgos a la libre competencia, no pareciera que cualquier fraude a la licitación pública sea una cuestión relevante para la autoridad de defensa de la competencia. Hay muchos casos de fraude a la licitación que involucran empresas que no son competidoras. También hay innumerables hipótesis en las cuales las licitaciones públicas son la menor parte del mercado y, muchas veces, representan parte insignificante del mercado. En estos casos, aunque se pueda sostener que existe evidencia para que se investigue un supuesto fraude a la licitación, no parece haber un legítimo interés para la actuación de la autoridad de defensa de la competencia. El riesgo es que se empiece a dar atribuciones a la autoridad de competencia que no correspondan, se incremente el volumen de trabajo de forma innecesaria y luego sea difícil revertir la situación.

El listado de prácticas que pueden constituir restricción a la libre competencia prevé los casos clásicos de cartelización, fijación de precio de reventa, cierre del mercado (*market foreclosure*), venta atada, recusa de venta, precio predatorio, entre otras. La definición de las hipótesis es más clara y objetiva en la legislación argentina. Sin embargo, en ambos casos, el listado es enunciativo y, por ende, incluye otras hipótesis que la dinámica empresarial pueda hacer surgir.

Vale la pena mencionar que la ley 27.442 explícitamente trata el cártel de compras. Eso no ocurre en la ley brasileña. A pesar de la omisión legislativa, CADE ha evaluado casos de cártel de compras (18). Además, CADE ha revisado contratos que tenían como objeto la creación de un grupo de empresas para la adquisición de insumos en conjunto (club de compras) (19). En estos casos, la autoridad brasileña revisó a dichos contratos bajo el régimen de control de concentraciones.

Algo curioso para la realidad de la defensa de la competencia en Brasil es la práctica men-

(17) DEL PINO, Miguel - DEL RIO, Santiago, "Nueva Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina", <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-la-argentina-13187> (última visita en 30/7/2018).

(18) Processo Administrativo nro. 08012.008215/2006-45; Processos Administrativos nros. 087010.000729/2016-76, 08700.000738/2016-67 e 08700.000739/2016-10.

(19) Ato de Concentração nro. 08700.002887/2015-80; Ato de Concentração nro. 08700.006723/2015-21.

cionada por el inc. l), del artículo tercero. Está prevista como una posible práctica ilegal la participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí. Aunque la existencia de una misma persona humana en dos o más empresas que compiten entre sí pueda generar la oportunidad para la práctica de actos que pueden afectar la competencia, no parece apropiado tener dicha participación simultánea como una posible práctica ilegal autónoma. En Brasil, por ejemplo, en caso de que se trate de convertir en ilegal la participación simultánea de una persona humana en dos o más empresas, aunque competidoras, podría iniciarse una discusión acerca de la constitucionalidad de dicha prohibición. Eso porque la Constitución Federal de Brasil sostiene que son derechos del individuo la libre iniciativa y el pleno empleo. Parece que la participación simultánea podría ser parte de una conducta ilegal, pero no la conducta ilegal en sí misma.

Para los casos de abuso de posición de dominio, ambas legislaciones tienen previsto que serán reprimidas las prácticas abusivas de una empresa o grupo de empresas que sean capaces de alterar unilateralmente las condiciones del mercado y que impacten negativamente la dinámica competitiva del mercado. En Brasil, la legislación incluyó una presunción de posición de dominio siempre que la empresa tenga el 20% o más de participación en el mercado relevante. Dicha presunción no es absoluta (*jure et de jure*), sino relativa (*juris tantum*) y podrá ser verificado que no corresponde aplicarla a lo largo del proceso. El intento argentino de definir la posición dominante es más abierto y amplió. Aunque sea positivo permitir que la autoridad tenga libertad para evaluar el caso concreto, la redacción muy abierta de lo que puede sostener una acusación es, en general, negativo para el ejercicio de defensa de los interesados.

En lo que respecta a las sanciones, la ley 27.442 es también semejante a la ley brasileña. Son sanciones importantes y que podrán, en el caso de la multa, resultar en la quiebra de la empresa. En Brasil, el porcentaje máximo de la multa es de 20% de la facturación del grupo, mientras en Argentina va ser el 30% de la facturación del grupo o hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. Brasil también establece el beneficio económico reportado como parámetro para la aplicación de sanción. Sin embargo, dicho criterio

todavía sigue muy controvertido por la dificultad en definirlo (20).

En la ley 27.442 también está la sanción de obligación de no hacer o, mejor dicho: el cese de los actos o conductas ilegales. Si bien es verdad que la ley brasileña no tiene prevista dicha sanción, también es cierto que la autoridad brasileña puede incluir una orden de cese de la conducta toda vez que esta representa la obligación de cumplir con la ley. Además, en la ley brasileña existe la penalidad por la continuidad de la práctica ilegal que puede llegar hasta a R\$ 250.000,00 por día.

En la ley brasileña existe la posibilidad de imponer a las partes la obligación de publicar la decisión de la condena en un periódico por al menos dos días seguidos, de una a tres semanas. La obligación de publicar la decisión puede parecer algo menor, pero es muy importante para promocionar los juicios de reparación de daños y perjuicios. También se puede solicitar la licencia compulsoria de derecho de propiedad intelectual, siempre que la práctica ilegal esté relacionada con el derecho a ser licenciado.

Una penalidad que está prevista en la ley brasileña (y en la argentina), pero que no se aplica tanto cuanto debería, es la de inhabilitación para ejercer el comercio. La experiencia es que el Brasil dicha sanción jamás se aplicó de forma efectiva. Incluso hay personas humanas ya condenadas más de una vez por el CADE y que todavía ocupan cargos como directivos de empresas y/o asociaciones.

Para la graduación de las sanciones, las leyes llevan en cuenta los siguientes criterios:

Argentina	Brasil
la gravedad de la infracción	la gravedad de la infracción
el daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida	el grado de perjuicio o riesgo de perjuicio a la libre competencia, a la economía nacional, a los consumidores o a los terceros

(20) SCHMIDT, Cristiane A. J., "Cartéis Hard Core, Vantagem Auferida, Dano, Sanções e Afins: um Novo Olhar", en GRANDINO, João (coord.), *Direito Concorrencial: avanços e perspectivas*, Prismas, Curitiba, 2018, ps. 363-390.

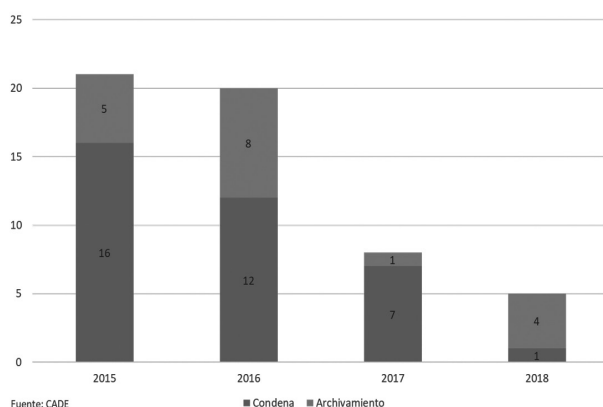
COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Argentina	Brasil
el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida	la ventaja obtenida por las personas involucradas en la actividad prohibida
el efecto disuasivo	-
el valor de los activos involucrados al momento en que se cometió la violación	-
la intencionalidad, la duración, la participación del infractor en el mercado	la intencionalidad (buena fe) y la situación económica del infractor
el tamaño del mercado afectado	-
la duración de la práctica o concentración y los antecedentes del responsable, así como su capacidad económica	La consumación (o no) de la práctica ilegal, los efectos económicos negativos producidos así como la reincidencia (antecedentes)

Las condenas por prácticas anticompetitivas han resultado en multas elevadas en Brasil. En el caso del cártel de cementos (21), la multa aplicada por el CADE fue de aproximadamente R\$ 3.100.000.000,00. Pero algunas de las decisiones del CADE han sido revocadas en sede judicial. Aunque las decisiones del CADE en temas de control de concentraciones, en general, hayan sido mayoritariamente confirmadas por los tribunales, en los principales casos de cárteles dicha realidad se encuentra invertida.

La evolución de la cultura de defensa de la competencia en Brasil y las decisiones negativas de la Justicia, hicieron que las decisiones del CADE sean más técnicas y con mayor rigor acerca de la existencia (o no) de evidencias de la infracción. Esa puede ser una explicación para el cuadro que demuestra que se invirtió la tendencia condenatoria:

Investigación de Cártel



V. Programa de Clemencia

El acuerdo de clemencia ya está establecido como la principal herramienta de combate y persecución contra los cárteles, aún más en países donde las estructuras administrativas

involucradas en las investigaciones no se encuentran organizadas de la forma ideal (22). La

(21) Processo Administrativo nro. 08012.011142/2006-79.

(22) INGLEZ DE SOUZA, Ricardo. "El Acuerdo de Clemencia en el Régimen de Defensa de la Competencia de Brasil", en VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Fidas, Buenos Aires, 2011.

inclusión del programa de clemencia en la ley 27.442 es el resultado de muchas discusiones e intentos del pasado (23).

Así como en Argentina, Brasil tiene básicamente tres formas de acuerdo: (i) acuerdo de clemencia propiamente dicho, (ii) acuerdo de clemencia plus, y (iii) acuerdo de cooperación para reducción de la penalidad.

El acuerdo de clemencia supone que la autoridad no conoce la práctica ilegal o no dispone de información y/o pruebas para reprimirla.

Los requisitos para obtener el beneficio de la exención son:

Argentina	Brasil
ser el primero	ser el primero
cesar de forma inmediata la práctica	cesar de forma inmediata la práctica
cooperar de forma plena	Cooperar de forma plena
no destruir pruebas	-
no divulgar su intención de proponer el acuerdo	-
-	identificar a los demás involucrados

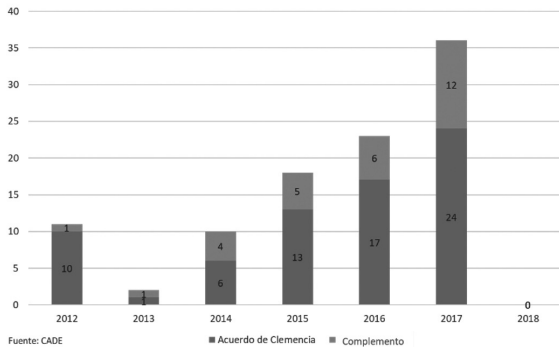
Argentina	Brasil
-	confesar la práctica ilegal

El beneficio del acuerdo de clemencia es la exención total. En el caso brasileño la exención está limitada a las sanciones administrativas y criminales. El acuerdo no afecta los derechos o intereses de terceros que hayan sido (o sean) afectados por la conducta ilegal. En Argentina, la ley 27.442 afecta también los derechos de reparación de daños y perjuicios. La inclusión de los derechos de reparación en la exención es algo interesante para hacer a la clemencia más atractiva e incentivar a la ruptura de un inestable acuerdo de cártel.

Brasil cuenta con un sistema semejante al argentino en lo que respecta a la solicitud del marcador. Es muy importante que más allá del marco legal, la operación real de dicho procedimiento sea muy cuidadosa y segura.

El número de acuerdos de clemencia firmados en Brasil se ha incrementado en los últimos años:

Acuerdos de Clemencia



La clemencia plus está descrita en el inc. c), del ítem 2, del art. 60, de la ley 27.442 —bene-

ficio complementario—. Al igual que en Brasil, es posible solicitar un acuerdo de clemencia cuando no se cumplan con los requisitos previstos para la conducta anticompetitiva bajo in-

(23) MOLINA, María P. - POVOLO, Diego P., “Hacia la implementación de nuevas herramientas para la detección y desbaratamiento de cárteles en Argentina. Programa de Clemencia”, en VÍTOLO, Daniel R. (dir.),

Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia, Fidas, Buenos Aires, 2011.

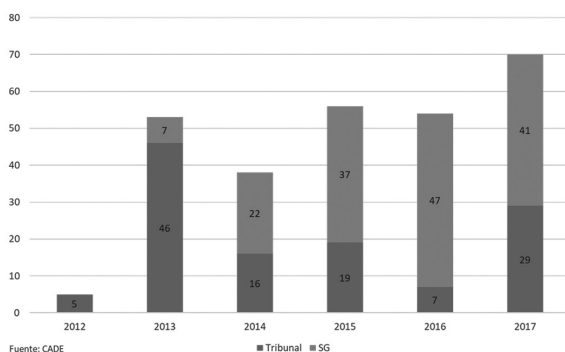
investigación, pero que durante la substanciación de la misma revele y reconozca una segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada y asimismo reúna respecto de esta última conducta los requisitos previstos para la clemencia original.

En ambos países, la clemencia plus garantiza los beneficios normales de la clemencia para la segunda conducta y más 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.

Además, las legislaciones de Brasil y Argentina permiten acuerdos para las personas involucradas que no estén aptas para firmar ya sea el acuerdo de clemencia o el de clemencia plus. En caso de que cumplan con las demás obligaciones, es posible negociar una reducción de la multa que de otro modo le hubiera sido impuesta.

También existe una tendencia, en Brasil, de incremento en el número de acuerdos de cooperación (acuerdos de cesación de conducta) para reducción de las multas:

Acuerdo de Cesación de Conducta



El inconveniente en Brasil es que los interesados deben obligatoria y explícitamente confesar su participación en la conducta ilegal. Esta obligación tiene efectos positivos y negativos. Desde la perspectiva de los afectados por la conducta ilegal, la confesión explícita puede ayudar en juicios para la reparación de daños y perjuicios. También es verdad que esta obligación puede afectar la defensa de las personas humanas en los casos criminales. Esta evaluación de riesgos es compleja y todavía no hay base empírica para estimar si los efectos negativos de esta obligación inciden negativamente en el número de acuerdos.

VI. Conclusiones

La ley 27.442 ha introducido un marco legal moderno para la defensa de la competencia en Argentina. La definición clara del objeto de análisis en el control de concentraciones, la adopción del control previo de forma efectiva y la in-

corporación de un programa de clemencia son quizá los aspectos positivos más importantes.

Por otro lado, hay aspectos que merecen atención especial, como por ejemplo la inclusión de concentraciones económicas como posible conducta ilegal, la obligación de consultar con autoridades regulatorias en casos de concentraciones(24), la inclusión de la participación de una persona humana en dos empresas competidoras como posible infracción autónoma.

(24) El art. 17 es claro en establecer un plazo para que se presente la opinión del ente regulador y que dicha opinión no vincula a la Autoridad Nacional de la Competencia. Sin embargo, la obligación de hacer obligatoriamente este trámite genera, por un lado, una acción más para la autoridad de defensa de la competencia; y, por otro, un riesgo más de cuestionar la validez del trámite en caso de que las partes entiendan que su mercado era sujeto a regulación.

Los temas más importantes, sin embargo, están más relacionados con la efectiva y eficiente aplicación de la ley, que con la redacción de sus artículos.

En este sentido, vale reforzar la importancia de estructurar una autoridad que tenga capacidad humana y técnica para ejercer sus funciones de forma plena y efectiva.

En lo que respecta al control de concentraciones, la experiencia brasileña enseña que es muy importante tener estos casos como prioridad, principalmente los casos en los cuales se adopte el procedimiento sumario. La credibilidad del cambio estará directamente relacionada con el éxito que la autoridad tenga en manejar estos casos más sencillos.

La valoración de las pruebas en los casos de cárteles y otras conductas sigue siendo un

gran motivo para litigios que en muchos casos resultaron en pérdidas para la autoridad brasileña. No habrá una fórmula que evite dichos litigios, pero un criterio más riguroso seguramente va proporcionar casos más difíciles de revertir en la justicia y, por ende, va generar más incentivos para los acuerdos y menos para los litigios.

Vale mencionar, finalmente, que la autoridad brasileña ha tratado de evolucionar en términos de su capacidad de negociar los acuerdos de clemencia. Es importante exigir del beneficiario la mayor y mejor cooperación posible. Los hechos deben ser claramente descriptos, las pruebas deben estar a la disposición de la autoridad y el beneficiario debe aportar mucha información y documentos, además de hacer investigaciones económicas y técnicas siempre que necesario.

Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde el derecho chileno

JAVIER TAPIA (*)

I. Introducción

Una vez leí (que me excuse el autor por la omisión de la cita) que la competencia es como la buena salud: uno solo la extraña si la pierde. Creo que la analogía no puede ser más precisa en el caso de la Argentina. Por años la protección de la competencia pareció estar en una suerte de estado de coma, del cual por fortuna ha logrado salir airosa, luego de un intenso tratamiento intensivo que tuvo como resultado la reciente promulgación de la ley 27.442, sobre de Defensa de la Competencia (en adelante, “la ley” o “la nueva ley”, indistintamente) (1). Buena parte del éxito —justo es reconocerlo— se debe a que el procedimiento estuvo a cargo de un cuerpo médico más que apto, que supo lidiar de muy buena forma en esta etapa de transición con los problemas propios de un régimen al cual había que prácticamente volver a oxigenar (2). Quienes fuimos testigos privilegiados

del proceso, aun desde la distancia, no podemos sino aplaudir los resultados.

Hoy, en los albores de la aplicación de la nueva ley, las perspectivas son auspiciosas. Basta dar una revisión somera al nuevo texto para notar que se trata de una normativa bien pensada y que tiene, por tanto, variadas virtudes. En términos generales, incorpora todos los estándares comúnmente aceptados a nivel doctrinario en la disciplina y va en línea con los avances que han experimentado otras jurisdicciones más avanzadas, por lo que bien puede ser calificada como una ley “moderna”. Asimismo, avanza significativamente en la delimitación clara de las fronteras de los tres ámbitos centrales de preocupación de esta área: la persecución de colusión, el control de las conductas unilaterales y el control de concentraciones. En particular, la ley soluciona temas prácticos que han producido grandes “dolores de cabeza” en la Argentina por largo tiempo, como ocurrió, por ejemplo, con el último de los ámbitos mencionados.

Las siguientes líneas están destinadas a comentar diversos aspectos de la nueva ley. Por cierto, atendida mi calidad de extranjero y por razones de espacio, no puedo dar más que una visión somera y general. Tanto los fenómenos subyacentes a su introducción como la forma en que ella lidiará con los problemas más particu-

(*) PhD (University College London), MSc. in Regulation (London School of Economics and Political Science) y abogado (Universidad de Chile). Actualmente juez titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC), por el período 2014-2020. Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales y no pretenden reflejar la visión del TDLC ni la de las demás personas que allí laboran.

(1) Para una descripción de los regímenes previos y su aplicación, véase COLOMA, G., “The Argentine Competition Law and its Enforcement”, en SOKOL - FOX (eds.), *Competition Law and Policy in Latin America*, Hart Publishing, 2009, cap. V, ps. 93-115.

(2) Una descripción somera y acuciosa de la transición se encuentra en PEÑA, J., “New Competition Policy in

Argentina”, en BURNIER DA SIVEIRA (ed.), *Competition Law and Policy in Latin America: Recent Developments*, Wolters Kluwer, 2017, cap. II, ps. 37-43.

lares y apremiantes serán de seguro materia de muchos otros trabajos producidos por comentaristas más idóneos. Incluso quizás sea prematuro hacer aún esa clase de evaluaciones. Por ello, mi propósito aquí es mucho más modesto. Emplearé una óptica comparativa para dar un vistazo a los aspectos que me parecen más significativos e interesantes de la ley, comenzando con los institucionales (sección 2), para luego seguir con los sustantivos (sección 3) y finalmente con otros de carácter más “macro” (sección 4). Aunque sean solo fragmentos, creo que la exposición permitirá mostrar de buena manera el atractivo contorno de la nueva ley. Al mismo tiempo, reflexionaré en torno a algunas ideas, fruto de mi propia observación y estudio de la libre competencia, que espero ayuden a practicantes, académicos y estudiosos de esta área en general a aplicar de manera más eficaz la nueva normativa.

II. Aspectos institucionales

Detengámonos primero en la nueva configuración institucional, que es la base del sistema de competencia creado por la ley. En términos generales, siempre la perspectiva institucional es importante porque, lejos de ser neutra, pone de manifiesto que diferentes modelos generan diversos incentivos para los agentes y, además, dan cuenta de los valores que han sido privilegiados por el legislador al momento de su creación (3).

II.1. La Autoridad de Aplicación

Comencemos por la evaluación del nuevo organismo administrativo encargado del *enforcement*. La ley crea una Autoridad Nacional de la Competencia, dentro de la cual funcionan un Tribunal de Defensa de la Competencia y dos Secretarías, una para conductas anticompetitivas y otra para el control de fusiones. Tal como está diseñado, el núcleo central está puesto en el Tribunal; de hecho, su presidente lo es también de la Autoridad (4).

(3) KOMESAR, N., *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, University of Chicago Press, 1997; THALER, R. - SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

(4) Como es sabido, la creación del “tribunal” consagra un viejo anhelo legal en el ámbito de la competencia en Argentina. Ya la anterior ley 25.156, de 1999, reemplazaba a la agencia (CDNC) con un “Tribunal Nacional de

Cotejando esta nueva institución con la anterior (la CDNC), las diferencias no son abismales, si atendemos a algunos de los criterios más comunes de comparación, los cuales no resultan, por tanto, suficientes para explicar la modificación institucional. Por ejemplo, más allá del cambio semántico de denominación (“Autoridad” y no “Comisión”), orgánicamente la institución sigue siendo una “comisión”, en el sentido de un organismo administrativo de carácter colegiado (5). En esto se diferencia sustancialmente del sistema chileno, que es judicial, pues la agencia administrativa (la FNE) solo investiga, quedando a cargo de un tribunal judicial —no administrativo— el juzgamiento de las conductas (6). De igual modo, la Autoridad seguirá siendo técnicamente experta y, probablemente (aunque la ley no lo especifica), contará con una integración mixta de abogados y economistas, de modo similar a como ocurre en Chile (7).

Donde se presenta la modernización más decisiva es en relación con el criterio “independencia”. Este es un aspecto crucial de todo régi-

Defensa de la Competencia” que perseguía y adjudicaba. A diferencia de lo que ocurría con la agencia, cuyas decisiones debían ser ratificadas por el Secretario de Comercio, la ley contemplaba que esta última función fuera ejercida por el tribunal de manera autónoma. En la práctica, el tribunal nunca fue creado y el sistema mantuvo las decisiones en manos del poder político.

(5) Este tipo de instituciones es muy utilizado en el derecho comparado; por ejemplo, en las comisiones anglosajonas como los famosos *ofdogs* ingleses, encargados de la regulación económica (tales como Ofcom, Ofgem y Ofwat, en los sectores de telecomunicaciones, energía y aguas, respectivamente. La denominación de *ofdogs* se debe a HARLOW, C. - RAWLINGS, R., *Law and Administration*, 3ª ed., CUP, 2009, p. 249) o en la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, en el ámbito de la competencia. En Latinoamérica, la nueva Autoridad es muy similar a la COFECE mexicana (véase MENA, C., “Nueva política de competencia”, en MENA, MÉNDEZ - ROLDÁN (coord.), *Derecho de la competencia en México*, Porrúa, 2015, cap. I, ps. 1-40).

(6) También se diferencia del modelo de agencia “tradicional”, que es unipersonal y tiene el *enforcement* y la decisión concentrados en una misma persona.

(7) Hubiese sido deseable que la ley exigiera la composición mixta, como lo hace el sistema chileno. El TDLC *debe* estar compuesto por dos economistas y tres abogados con experiencia en materias de competencia, y el Fiscal Económico, que encabeza la agencia, *debe* ser un abogado experto en el tema con al menos 10 años de experiencia.

men moderno, y puede ser enfocado desde un doble punto de vista (8).

El primero dice relación con el viejo (e infundado, si adoptamos la perspectiva administrativa más moderna) argumento del “juez y parte” (9), y es la perspectiva que explica centralmente la adopción del modelo judicial chileno (10). Este último fue creado en un contexto que, por razones esencialmente históricas, presentaba una extrema desconfianza en la administración aumentado por la carencia de una Ley de Procedimiento Administrativo que velara por las garantías de los administrados. El modelo buscó, entonces, dotar al sistema de un alto nivel de justicia procesal por la vía de “trasladar” la decisión al ámbito judicial. En este contexto, la incorporación del *expertise* económico fue solo secundaria. Lo esperado era que tal *expertise* contribuyera a simplificar y “abaratar” la acción de la FNE, promoviendo un uso más eficiente de los recursos, y que llevarse a adoptar decisiones basadas en reglas económicas más simples y directas, mediante el uso de presunciones u otros criterios objetivos de decisión (11). Pero, reiterando, lo primordial

era dotar de independencia al órgano decisor respecto del órgano que investiga.

Sin embargo, este aspecto no parece ser la base del cambio hacia la Autoridad en la nueva ley argentina. Si bien la separación funcional entre *enforcement* y decisión es más débil que en el modelo chileno, pues permanece dentro de la misma agencia, dicha separación ya existía bajo la anterior CDNC. Que esas garantías sean más fuertes en un sistema judicial no quiere decir que no puedan asegurarse de buena forma en un sistema administrativo. Lo relevante es que la ley establezca un sistema que ampare que las investigaciones sean objetivas e imparciales, por un lado, y que la decisión del nuevo Tribunal no esté contaminada por la decisión previa de seguir adelante o no con el procedimiento o de determinar ciertas líneas de actuación (como, p. ej., la procedencia de la prueba), por otro lado (12). La pregunta que permanece, entonces, es si la nueva ley ha establecido un adecuado (o más adecuado) sistema de pesos y contrapesos que permita una buena “convivencia” del investigador y el resolutor bajo el mismo “techo”, asegurando el debido proceso y la aplicación de garantías en el procedimiento administrativo sancionador. A este respecto, estimo que, si se analiza el articulado, la respuesta parece ser en principio positiva: los aspectos procedimentales incorporados en los

(8) Para una descripción del concepto, véase OECD, *Being an Independent Regulator*, 2016.

(9) Es un argumento infundado en la medida que la sanción se entiende, modernamente, como una prerrogativa más de la administración. Véase un desarrollo detallado en el voto de minoría de la sentencia del TDLC nro. 160/2017, ps. 89 y ss. (disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc.wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf [última visita: 17/8/2018]).

(10) Antecedentes legislativos y anecdóticos relativos a la reforma que culminó en la creación del TDLC en el año 2003 que la independencia fue el *leitmotiv* de la reforma. Por ejemplo, en el Mensaje con que fue enviado el proyecto al Congreso se indica expresamente que las antiguas Comisiones (antecesoras del TDLC) “no cumplen requisitos básicos de independencia, especialidad, dedicación y dotación de recursos”. La independencia buscada se refería tanto respecto de la FNE (organismo que, a su vez, carecía de independencia en esos tiempos) como respecto del poder ejecutivo. Véase *Historia de la ley 19.911, que “crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”*, ps. 5 y 7. En otros lugares de la historia legislativa se resalta, asimismo, la imparcialidad. Además, conversaciones informales con diversos actores participantes del proceso ratifican que el foco central de la modificación estuvo en aumentar la independencia.

(11) Para una crítica indicando que este objetivo no se cumplió durante los primeros 10 años del TDLC,

véase TAPIA, J., “Dime de qué presumes y te diré de qué careces”: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile”, *Revista de Derecho CEDEC XIV*, vol. 10(10), 2014.

(12) Esto último requiere de una mínima explicación. En efecto, bajo el nuevo sistema el mismo órgano que adopta la decisión primaria mediante resolución (el Tribunal) resuelve también, previamente, si se lleva adelante o no el procedimiento, una vez concluida la etapa de sumario (arts. 41 y 43). Esto no es extraño en el contexto internacional. Otras comisiones, como la FTC de Estados Unidos o la autoridad mexicana, aplican un sistema similar. Con todo, dada la rotación de comisionados en el caso norteamericano y la duración de los procesos, en la práctica no es común que un mismo comisionado participe en ambas decisiones. Está por verse si esa será la situación en Argentina, dada la duración de 5 años reelegibles de los miembros del Tribunal (art. 24). Con todo, el punto es que esto generará efectos importantes en la litigación, en la posibilidad de las partes de presentar defensas en el sumario y luego desvirtuar, con nuevas defensas, la presunción *de facto* formada en el Tribunal durante el procedimiento.

arts. 34 y ss., así como una adecuada regulación posterior, parecen ser suficientes para ello.

Un segundo aspecto de la independencia sí parece haber sido central el cambio hacia la nueva Autoridad y permite explicarlo de modo más satisfactorio: la emancipación respecto del poder político (13). En efecto, la nueva Autoridad es definida por la ley como autárquica y, a diferencia del régimen previo, sus decisiones han sido separadas por completo del poder político al no ser adoptadas por el Secretario de Comercio (14). Esto es, sin duda, muy favorable y, junto a otras salvaguardas, asegura a los miembros de la Autoridad un grado de libertad decisional acorde al régimen instaurado, basado en un alto nivel de especialización y *expertise* (como ponen de manifiesto los propios requisitos para ser miembro de la Autoridad, establecidos en el art. 19). Esto debiera redundar en beneficios significativos, no solo en la medida que expande las capacidades administrativas, sino en cuanto permite, además, reemplazar “clientelismo” y dependencia de otras instituciones, aumentando la autonomía en la definición de políticas públicas, así como enfatizar objetivos de largo plazo.

II.2. La revisión judicial

Dejemos a la Autoridad y pasemos ahora a un segundo aspecto institucional que es igualmente —o incluso más— relevante que el anterior: la revisión judicial de sus decisiones. Para entender su importancia, es necesario hacer una ligera disquisición teórica previa (15).

La forma y alcance de la revisión judicial dependen centralmente de la interrelación existente entre dos variables centrales, una de carácter orgánico y la otra de naturaleza sus-

tantiva. La primera dice relación con el carácter especializado o generalista del revisor respecto de la decisión de la agencia administrativa de que se trate (16). La segunda, por su parte, se relaciona con el ámbito que le es conferido al revisor para decidir; esto es, si la revisión será amplia (si abarcará cuestiones de hecho, de derecho y eventualmente de política pública) o si será restringida (p. ej., solo a cuestiones de derecho). Lo importante para un buen diseño institucional es que ambas variables debiesen estar intrínsecamente vinculadas; esto es, el estándar de revisión debiera ser diseñado “a la medida” de las características institucionales del órgano revisor, atendidos los incentivos que generan tales características.

Así, si el organismo de revisión es generalista y carece de *expertise*, es altamente probable que tenga un incentivo a ser deferente con la agencia, al menos respecto de cuestiones de hecho y, probablemente, también de política pública. Por tanto, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación” de desviarse de dicha deferencia, pues, dado su carácter generalista, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue. La situación es exactamente la contraria en el caso de un órgano revisor especializado en un área determinada. Este tiene escasos incentivos a ser deferente con la agencia, pues su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) y la justificación tras su

(13) Dada esta visión de la independencia como separación del poder político, algunos autores han indicado que estaríamos en presencia de un verdadero “cuarto poder del Estado”, siendo este tipo de instituciones una manifestación de una nueva fase en el desarrollo estatal (p. ej., LOUGHLIN, M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 450).

(14) Véase *supra*, nota 4.

(15) Esta parte está basada en TAPIA, J. - CORDERO, L., “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, en *Estudios Públicos*, vol. 139, 2015, ps. 7-65.

(16) Por jurisdicción generalista entiendo la existencia de un tribunal con competencia civil, ya sea del fuero común o bien un sistema de tribunales contenciosos administrativos dentro del Poder Judicial. En cambio, al hablar de jurisdicción especializada se hace alusión a un tribunal con competencia específica en una determinada materia, generalmente al margen de las estructuras habituales del Poder Judicial (esto es, sin jueces de carrera o sin que estos sean exclusivamente de carrera), y cuya integración es mixta, es decir, con jueces con formación legal y jueces de formación técnica. La distinción, como se observa, se basa en un doble aspecto: jurisdiccional y subjetivo, y puede eventualmente generar vacíos. Sin embargo, es lo suficientemente comprensiva, entendible y aplicable a la mayoría de los casos como para ser de utilidad en el análisis. En un sentido similar define CANE, P., *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing, 2009, p. 91.

creación le permiten examinar con confianza no solo el derecho, sino también las cuestiones de hecho y de política pública involucradas. Por tanto, si este organismo es restringido por el estándar, no parece que hubiera existido razón alguna para crear tal organismo en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización.

Volvamos ahora a lo concreto. Considerando estas cuestiones, lo más interesante de la nueva ley es, desde la perspectiva institucional, la creación de la Sala Especializada en Competencia (arts. 66 y ss.) y la revisión de las decisiones de la Autoridad vía recurso de apelación. Aunque hubiese sido deseable exigir explícitamente cierto *expertise* a los jueces en la ley, la especialización bien puede ser adquirida por una continua exposición a los casos (17). Por su parte, de acuerdo con lo indicado, el recurso parece ser el adecuado, pues otorga un amplio margen para que el revisor experto despliegue su potencial.

Este nuevo sistema se asemeja al sistema sudamericano, que precisamente posee una Corte de Apelaciones especializada en competencia, aunque revisa decisiones de un tribunal especializado judicial (no administrativo), o incluso —en cierto modo— al sistema mexicano, que posee tribunales especializados (18). Podría decirse que este diseño desfavorece en cierta medida la rapidez para privilegiar las reglas sustantivas. El contraste con el sistema chileno es notorio. En este último, las decisiones del TDLC son revisadas directamente por la Corte Suprema, un órgano por definición no especializado. La revisión se hace de una forma amplísima, esto es, incluyendo hechos, derecho e incluso la política, lo que ha permitido una resolución de los casos relativamente rápida y efectiva, pero al mismo tiempo, ha minado el *expertise*.

En efecto, lo que el sistema chileno ha producido es una creciente falta de deferencia por parte del revisor que afecta las bases mismas del sistema, pues el *expertise* del decisor pri-

mario se ve naturalmente diluido (19). Con ello, las estrategias de litigación en primera instancia tienden a verse afectadas, ya que las partes se ven incentivadas a argumentar y planificar sus estrategias “pensando” en la Corte, presentando análisis menos técnicos o simplemente menos relacionados con la competencia. Por ejemplo, la Corte ha sostenido expresamente que la sanción debe estar inspirada en el principio de culpabilidad (20), y que la conducta debe ser “reprochable”, esto es, “un acto voluntario de naturaleza ilegal debido a su desacuerdo con las normas establecidas en la ley para la protección de la libertad que debe existir para competir en los mercados” (21). Esta clase de argumentos está más basada en justicia distributiva (u otros), y no tanto en la disuasión como enfoque primordial. Asimismo, el principio de proporcionalidad también ha jugado un rol muy relevante en la jurisprudencia de la Corte en esta materia (22). Por su parte, el riesgo de que se cometan errores decisionales del tipo I o del tipo II aumenta considerablemente con un sistema que favorece la no deferencia. Famoso es, por ejemplo, un caso en que la Corte estableció su propia definición de precios predatorios para condenar (23).

Estos problemas no debieran presentarse en Argentina con el sistema de revisión ideado por

(19) P. ej., comentando acerca de la naturaleza del recurso de reclamación, la Corte ha señalado que tiene una plena jurisdicción que le permite revisar todos los aspectos considerados por el TDLC, “incluyendo el análisis económico y legal que le permitió alcanzar la su decisión” (CS, “Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada”, rol 4797-2008, sentencia del 27/1/2009, C. 6°). Existen múltiples casos que confirman la falta de deferencia.

(20) CS, “FNE y Banco de Chile con Falabella y otros”, rol 2339-2008, sentencia del 13/8/2008, C. 17.

(21) CS, “Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile SA”, rol 6236-2006, sentencia del 4/7/2007, C. 29.

(22) CS, “Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y otros c. Telefónica Móviles de Chile SA”, rol 8077-2009, sentencia del 7/7/2010, C. 17.

(23) El caso es conocido como “James Hardie” (2003), donde la corte utilizó un enfoque textualista del art. 3° letra c) del dec.-ley 211 (“Producción Química y Electrónica Quimel SA c. James Hardie Fibrocementos Limitada”, rol 3449-2006, sentencia del 29/11/2002).

(17) Véase TAPIA, J. - CORDERO, L., “La revisión judicial...”, cit.

(18) Aunque consagrados constitucionalmente. Véase MENA, C., “Nueva política de competencia”, cit.

los redactores de la ley. En los términos antes utilizados, el recurso se vincula intrínsecamente con el carácter especializado del revisor, y está creado a su medida. Bajo el nuevo régimen institucional, la cuestión debiera enfocarse solo en el grado de deferencia, esto es, definir la relación más adecuada entre el órgano que revisa y aquel que adopta la decisión —una problemática antigua del derecho administrativo. Esto depende netamente del experto que revisa a otro experto, quien en definitiva deberá evitar que la instancia administrativa se transforme en un mero “compilador de hechos” a efectos de otorgarle legitimidad al sistema. Probablemente el sistema tendrá una menor eficacia en cuanto a tiempos de resolución que el sistema chileno, pero ganará en robustez decisional.

III. Aspectos sustantivos

Pasemos a revisar ahora algunos aspectos sustantivos relativos a las conductas anticompetitivas. Por cierto, un tratamiento detallado requeriría —por decirlo de alguna forma— de una tela más grande, un pincel más *ad hoc* y una mano más experta que la mía. Por ello, las siguientes líneas ponen su foco solo en ciertos temas que resultan de particular interés, especialmente cuando se les compara con el derecho chileno. Asimismo, por razones de extensión, no me referiré ni al régimen de control de concentraciones ni al (bien diseñado) programa de clemencia establecido en la ley.

III.1. Respeto de las prácticas absolutamente restrictivas

En primer término, la ley establece que existe un grupo de prácticas “absolutamente restrictivas de la competencia”, respecto de las cuales “presume que producen perjuicio al interés económico general” (art. 2º) y las declara nulas de pleno derecho. Entre ellas se encuentran las típicas prácticas concertadas constitutivas de “carteles duros” (esto es, acuerdos entre competidores relativos a precios, cantidad o reparto de zonas de mercado), incluyendo además la colusión en licitaciones.

Un primer punto que llama la atención es que estas prácticas “absolutamente restrictivas” parecen no serlo de manera tan absoluta. El art. 29 permite al Tribunal expedir, por resolución fun-

dada y sujeto a los límites que le imponga un reglamento, permisos para la realización de prácticas que en principio caen en la prohibición del art. 2º, siempre que a su “sana discreción [...] no constituyan perjuicio para el interés económico general”. Esta norma parece tener su antecedente en el hoy art. 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite precisamente declarar inaplicable la prohibición de acuerdos o prácticas prohibidos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (24).

Al respecto, dos cuestiones resaltan de inmediato. Por una parte, el estándar en la ley es mucho más bajo que en Europa y, por tanto, le confiere al Tribunal un (mucho) mayor margen de discrecionalidad (25). En el derecho euro-

(24) El art. 101 del TFUE (antiguo art. 81 TCE) indica lo siguiente: “1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. // 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. // 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

(25) Como expresa P. Menéndez (“Discrecionalidad”, en MUÑOZ MACHADO, S. [dir.], *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, p. 969), la potestad

peo, no basta con “no perjudicar el interés económico general”, como en la nueva ley, sino que el acuerdo debe *contribuir* a mejorar la producción o la distribución de los productos o *fomentar* el progreso técnico o económico; y, al mismo tiempo, debe conferir a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Asimismo, no debe ser posible que las firmas eliminen competencia de manera sustancial y, como contrapartida, no debe imponerse restricciones más allá de las indispensables para alcanzar los objetivos antes descritos. Como se observa, la normativa es muchísimo más detallada. Este es un aspecto, entonces, que deberá ser controlado con cuidado por el Tribunal, a fin de no abrir espacios que socaven la protección contra carteles duros.

Por otra parte, al igual que en Europa, bajo el nuevo régimen argentino no es posible hablar de prohibiciones *per se* en materia de carteles, sino —quizás— de una restricción “por objeto” (26). Esto marca, nuevamente, un contraste con el derecho chileno, que consagra expresamente la prohibición *per se* de los carteles. La diferencia entre ambos sistemas es sustantiva. En términos simples, bajo un sistema como el europeo o el argentino, ninguna restricción es siempre necesaria e irremediablemente ilegal, lo que incluye a las restricciones “por objeto” o “absolutas” (precisamente por la excepción legal). En cambio, en un sistema de regla *per se*, como el chileno o el de Estados Unidos, una restricción que cae en una de las

discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, criterios que quedan a la libre consideración de la Administración. Con todo, la discreción es un concepto complejo, lo que se demuestra no solo por la abundante literatura que se ha abocado a su entendimiento (por todos, véase HAWKINGS, K. [ed.], *The Uses of Discretion*, OUP, 1995), sino también por su uso diverso en las distintas jurisdicciones.

(26) Una exposición simple y clara de la distinción se encuentra en ITALIANER, A., “Competition Agreements Under EU Competition Law”, *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, New York, 26/9/2013.

categorías de prácticas de negocios que “se ha probado” históricamente que son anticompetitivas, debe ser declarada por el juez de inmediato y siempre ilegal (27). Con todo, si nos atenemos a la práctica, la diferencia es mínima. Ningún “cartel duro” cumple con los requisitos para caer en la excepción del art. 101(3) y es altamente probablemente que tampoco debiera cumplir con el estándar de la nueva ley en el derecho argentino. Dicho de otro modo, más directo, todo cartel duro perjudica el interés económico general y, por tanto, no debiera caer en la excepción del art. 29.

III.2. *Respecto de las prácticas (meramente) restrictivas*

En materia de prácticas “restrictivas” (art. 3º) que no lo son en términos absolutos, la ley establece que pueden ser contrarias a la competencia una serie de restricciones verticales y otras constitutivas de potenciales abusos de dominancia. El hecho que se requiera una posición de dominio no es especificado en la ley, por lo que quedará a la Autoridad establecerlo de manera clara (28). Lo que sí se indica son las características que debe poseer una firma para ser calificada de dominante (arts. 5º y 6º), las cuales están en línea con lo establecido en la doctrina y jurisprudencia comparada y que, en simple, quieren decir que la firma debe tener “mucho poder de mercado”.

Como es habitual y correcto, la mayor parte de estas prácticas restrictivas son de carácter exclusorio (29). Sin embargo, el aspecto específico que resulta más interesante de comentar, atendido el contexto y características de los

(27) En materia de competencia, la regla *per se* es una regla de administración: dado que los carteles son siempre dañinos para el consumidor, la regla le dice al juez “no analice los efectos de la conducta”.

(28) Existen incluso ciertas imprecisiones textuales. P. ej., el art. 3º letra “j” se refiere a un “servicio monopolístico dominante” (!).

(29) En este tipo de prácticas, de mayor significancia para la competencia, la perturbación se da por la vía de afectar directamente a rivales e indirectamente los consumidores. Un muy buen tratamiento reciente de este tipo de conductas se encuentra en FUMAGALLI, C. - MOTTA, M. - CALCAGNO, C., *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press, 2018.

mercados argentinos y latinos en general, dice relación con la posibilidad de sancionar el otro tipo de conductas abusivas: aquellas denominadas explotativas, esto es, que perjudican directamente el interés de los consumidores, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia. En particular, me refiero a la posibilidad de controlar los precios excesivos por la vía del derecho de la competencia.

Desde un punto de vista meramente teórico, la necesidad del control de precios excesivos se justifica tanto si se adopta una perspectiva restrictiva como una amplia de los objetivos subyacentes al derecho de la competencia. Como es bien sabido, la noción de que los precios cobrados por sobre los costos —en particular por un monopolio— produce una pérdida de eficiencia en la asignación de recursos es parte del “a-b-c” de la economía. Por eso, por una parte, si se considera que el objetivo a proteger es la sola eficiencia económica, no lidiar con la práctica que lo afecta más directamente implica derechamente aceptar por anticipado una renuncia a su protección íntegra. Por otra parte, adoptando una óptica más amplia, la tendencia actual es considerar al derecho de la competencia como una herramienta más, dentro del amplio espectro de políticas públicas, que permite lidiar con las desigualdades y promover la inclusión en todos los sectores de la economía, pues resulta evidente que el poder de mercado tiene un efecto directo en la desigualdad (30). Por esta sola razón, el *enforcement* de las prácticas explotativas debiera ser una prioridad.

No obstante, esta no ha sido la realidad general en Latinoamérica y el Caribe. Salvo los casos claros de Colombia y Chile, los demás países no suelen controlar los precios excesivos, sea por razones de texto legal o mera práctica. El caso más extremo es Perú, que tiene incluso una regla de legalidad *per se* de estas conductas (!) (31).

(30) P. ej., véase BAKER, J. - SALOP, S., “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”, *The Georgetown Law Journal Online*, 2015, vol. 104, ps. 1-28.

(31) Con todo, muchos casos han sido analizados como casos de discriminación de precios, según señala DE LEÓN, I., *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, Kluwer (International Competition Law Series), 2009.

Argentina se encuentra en una situación “expectante” pues, aunque la nueva ley no es clara, no parece descartar del todo la sanción de esta conducta. En efecto, mientras en su art. 1º establece que “Están prohibidos [...] los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”, el art. 3º letra d) ejemplifica indicando que es contrario a la competencia el “impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de este”. Es decir, la posibilidad legal de controlar esta clase de conductas es cierta.

En la práctica, bajo el imperio de la ley anterior, muchos casos fueron tratados como relativos a discriminación, pero su base estuvo en la práctica de precios excesivos (32). Sin embargo, en un caso reciente (también fallado con la ley anterior), la CDNC acogió una denuncia en contra de la sociedad de autores y compositores, a cargo de fijar los aranceles por derechos de autor, la cual fue acusada de subir unilateralmente dichos aranceles al sector hotelero “con base en tarifas irreales”. La resolución estableció expresamente que “los aranceles excesivos para todo tipo de hotel, discriminatorios entre hoteles, y no razonables relacionados con la ejecución secundaria de música han resultado en perjuicio del interés económico general, por cuanto han directamente incrementado los costos del sector hotelero” (33).

En mi concepto, esta es la posición adecuada. Desde la perspectiva de la política pública, el

(32) COLOMA (“The Argentine Competition...”, cit.). Véase res. CNDC 189/1999, “Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia c. YPF SA” (condenando) y “Marcelo Larribite c. Profertil SA”, expte. 064-013453/2001 (justificando las diferencias de precios).

(33) “Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (FEHGRA) c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC)”, decisión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de fecha 17/5/2017, dictamen CDNC 43 (aún sin cita oficial). La resolución del secretario de Comercio es de fecha 26/6/2018.

control de los precios excesivos es una herramienta importante que debiera estar al servicio de las autoridades de competencia y ser empleada toda vez que se dé cumplimiento a ciertas condiciones (muy restrictivas, por cierto). La razón es que, en economías en desarrollo como las nuestras, muchos mercados presentan dificultades de entrada debido a razones *de facto*, económicas o legales, y las firmas que eran otrora monopolios (legales o naturales) mantienen aún un alto poder de mercado. Si a esto se suma que la regulación es muchas veces débil o inexistente, las firmas dominantes suelen tener altos incentivos a comportarse de manera oportunista. De aquí que, para brindar una completa protección del interés de los consumidores, no resulte suficiente restringir el *enforcement* a las meras prácticas que afectan estructuras de mercado (34). Por esto, estimo que la nueva ley no debiera modificar en gran medida la línea jurisprudencial seguida hasta hoy en esta materia.

III.3. Respetto de las sanciones y la reparación del daño causado

En tercer lugar, no puedo dejar de destacar la adecuada forma en que ha sido consagrado el régimen de cálculo de multas en los arts. 55 y ss. de la ley. De modo similar a como hace la legislación chilena, la nueva ley establece un sistema basado en un porcentaje del volumen de negocios, el doble del beneficio económico o una cifra máxima en caso de que los dos criterios anteriores no puedan ser aplicados (art. 55 letra “b”). Si bien es cierto que la determinación de una multa tiene siempre un componente discrecional (e incluso hay razones para afirmar que es bueno que ello sea así), no siendo viable establecer una formulación exacta para fijar el monto adecuado en un caso concreto, en la práctica es posible acotar bastante el ámbito de discrecionalidad mediante la adopción explícita de este tipo de parámetros y de criterios como los establecidos en el art. 56. Por cierto, para que ese objetivo se cumpla, es necesario que la Autoridad o la sala revisora sea explícita en la metodología que aplica para determinar de manera cuantitativa cómo se llega al valor

final a pagar (es decir, estableciendo cuánto pesa cada criterio en el caso concreto) (35). Esta metodología, además, debiera complementar el necesario análisis cualitativo de la multa, el cual tiene por objeto no solo reflejar el estado y características de la industria, sino también proveer una justificación para el método y parámetros escogidos. Con todo, es destacable que los parámetros legales permitan desde ya la aplicación de multas proporcionales al daño causado por quien desempeña una conducta anticompetitiva y permitan descartar argumentos infundados (desde la perspectiva empírica) basados en la falta de dicha proporcionalidad (como la eventual quiebra de una firma por el monto en que ha sido multada).

En materia de reparación de daños y perjuicios, la ley establece que la acción se tramitará ante el juez competente (art. 62). Aquí hay un contraste con el derecho chileno, que deja en manos del TDLC esta materia. Esto, sin embargo, es obvio, si se considera que este último tribunal es el decisor primario, mientras que en Argentina lo es la autoridad administrativa. El problema (casi completamente inevitable) es la pérdida de *expertise* que se producirá en el sistema argentino. Aun cuando el juez debe ceñirse a lo indicado en la resolución del Tribunal, no es claro cuán libre queda el ámbito de discusión. El art. 63 sostiene que dicha resolución goza de autoridad de cosa juzgada respecto de “la violación a esta ley”, lo que pudiera ser interpretado solo como la responsabilidad, pero no los hechos, lo que permitiría volver a discutirlos. Con todo, incluso si ello no fuera posible, es normal que, dada la falta de *expertise*, el juez civil no realice los cálculos de manera adecuada, sino que se guíe por los informes económicos que le presenten o simplemente pondere lo que en ellos se señala. Esto podría redundar, como ocurrió por mucho tiempo en Chile, en que las demandas de daño sean pocas y los montos asignados bajos, perjudicando la reparación de los consumidores y el beneficio real que ellos perciben del sistema de competencia.

(34) Véase SAAVEDRA, E. - TAPIA, J., “Excessive Pricing: Towards a Workable and Objective Rule”, *CPI Antitrust Chronicle*, agosto 2017.

(35) Un ejemplo en mi propio trabajo (referido al texto anterior de la ley chilena) denominado “La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia: una propuesta metodológica”, *Estudios Públicos*, vol. 132, 2013, ps. 71-105.

IV. Más allá de la “defensa” de la competencia

Finalmente, quisiera referirme a otros aspectos no relacionados con el *enforcement*, pero que resultan igualmente relevantes para la consagración del nuevo régimen de competencia. Como bien expresara Eisner, hace ya casi 30 años, el derecho de la competencia puede ser, alternativamente, expresión del liberalismo de mercado, un instrumento del populismo económico o una política simbólica con un casi nulo impacto económico. Todo depende del objetivo que se busque y de las doctrinas subyacentes imperantes en un momento determinado. En sí misma, la libre competencia no es más que es una política en busca de propósito y claridad (36). De aquí que resulten tan relevantes para la eficacia y legitimidad del nuevo sistema una serie de aspectos prácticos que dependen no solo de los organismos encargados de velar directamente por la competencia, sino también de los particulares y el sector público en general.

En lo que respecta a los particulares, han quedado en el pasado los tiempos en que era hasta cierto punto “esperable” que el sector privado adoptara una actitud reactiva frente a la autoridad. Los sistemas modernos se han dejado de basar en la disuasión y en el solo uso de la multa como instrumento por excelencia (37). En este modelo, los agentes privados eran reputados “calculadores amorales” —en la famosa expresión de Kagan & Scholz—, es decir, agentes que efectúan un análisis puramente económico, que depende solo de la probabilidad de

ser descubiertos y del nivel de la multa, al cual queda supeditado el cumplimiento (38). Hoy en día, en cambio, se exige (incluso o sobre todo socialmente) que las firmas se vean profundamente involucradas en el proceso de cumplimiento normativo, adoptando una verdadera cultura de competencia al interior de cada organización y mostrando una mayor “conciencia pública” acerca de los comportamientos que pueden ser dañinos para el consumidor. En este sentido, el cumplimiento normativo se entiende modernamente con una mirada de negocios: es un compromiso gerencial de hacer las cosas bien y la adopción de los pasos para que ello sea posible.

En el mundo real (no es necesario decirlo), las firmas están lejos de ser “manzanas buenas o manzanas podridas”, sino que sus motivaciones son mucho más complejas. Como argumentan Ayres & Braithwaite, tanto individuos como firmas tienen “múltiples yos” (*multiple selves*) y, por tanto, actúan siempre con diferentes motivaciones que operan tanto secuencial como simultáneamente (39). Esto implica, por tanto, que su nivel de diligencia puede variar en el tiempo y ser incentivado o incluso exigido por la vía jurídica. En Chile, esto es lo que han hecho precisamente las autoridades de competencia, tanto la FNE (que, p. ej., ha dictado una guía respecto de las condiciones mínimas que debe tener un programa de *compliance* en

(36) EISNER, M. A., *Antitrust and the Triumph of Economics - Institutions, Expertise, and Policy Change*, UNC Press, 1991, p. 229.

(37) Para su aplicación, el modelo más reconocido es el denominado de “sanción óptima” o *enforcement óptimo*, que parte de la base que la probabilidad de detección y las sanciones son sustitutos. El modelo, entonces, busca que los costos esperados de la sanción sean mayores a las ganancias de cometer la infracción, considerando la probabilidad de detección (la formulación clásica está en BECKER, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169 [1968]). Técnicamente, el nivel “óptimo” de ofensas (>0) está dado por:

$$S \geq \beta * g - d$$

donde: β es el inverso de la probabilidad de detección; g es la ganancia ilícita; y d es el daño compensatorio.

(38) Así, el calculador amoral, “motivado exclusivamente por la búsqueda de utilidades”, estaría dispuesto a vulnerar la normativa cada vez que “la multa anticipada y la probabilidad de ser detectado sean pequeñas en relación con las eventuales ganancias que obtenga” de la comisión del ilícito (KAGAN, R. - SCHOLZ, J., “The ‘Criminology of the Corporation’ and Regulatory Enforcement Strategies”, en HAWKINGS, K. - THOMAS, J. [eds.], *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff, 1984, p. 67).

(39) AYRES, I. - BRAITHWAITE, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992. De modo similar, la literatura relacionada con el *behavioural economics* reconoce que diferentes individuos responden a diferentes motivaciones. Un buen resumen no técnico se encuentra en KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books, 2011. De aquí que en esta literatura también se busquen formas más benévolas y eficientes que la sanción para dirigir conductas. Véase, por ejemplo, R. THALER, R. - SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving...*, cit.

la materia (40)), como el TDLC (que ha exigido dichos programas en sus sentencias como parte de las medidas a ser adoptadas por una firma e incluso ha detallado su contenido mínimo (41)). ¿Qué deseable es que la nueva Autoridad adopte un enfoque similar!

Por cierto, el comportamiento en general tanto de la Autoridad como de la sala revisora será fundamental para ir moldeando el sistema. Por ejemplo, progresivamente deberá ir definiendo no solo prioridades, sino estándares, presunciones y la profundidad e importancia que se dará al análisis económico, entre otros múltiples aspectos. También, de manera muy especial, se deberá precisar el objetivo de la ley, el cual no se encuentra explicitado: ¿se trata de la protección del bienestar del consumidor u otro objetivo más amplio? (42) (como, p. ej., la libertad económica, la elección del consumidor (43) o la disminución de las desigualdades (44)). Este tipo de definiciones impactan en la litigación, en la resolución de los casos específicos y en el funcionamiento general del sistema. Asimismo, debieran redundar en al menos un cierto grado de convergencia con las decisiones de organismos en otras jurisdicciones, como la chilena u otras, especialmente latinoamericanas.

Además, para que las aludidas definiciones sean vistas como legítimas, resultará primordial que los miembros de la Autoridad y

la sala revisora sean capaces de mantener su imparcialidad y ausencia de sesgos; de luchar por su independencia (no solo respecto de las empresas, sino también respecto del poder político y al interior del poder judicial, respectivamente); y de establecer una reputación de organismos esencialmente tecnocráticos y expertos.

Finalmente, para que todo lo anterior ocurra y el sistema funcione de manera eficaz, el comportamiento del contexto económico general es importante. El derecho de la competencia no es más que un fragmento de la política de competencia, que es a su vez parte de la política económica general. Esto implica que el compromiso con la economía social de mercado debe buscarse a todo nivel. La Autoridad tiene un rol central en diseminar sus beneficios y por ello las tareas de *advocacy* o “fomento” son tanto o más importantes que las propias labores de *enforcement*. De aquí que sea particularmente relevante y digno de loas el hecho que la ley le dedique todo un capítulo a este aspecto (el XIII, arts. 74 a 78), con mandatos específicos de prestar asesoría y capacitación a otros organismos públicos, sugerir perfeccionamientos y elaborar anteproyectos normativos para mejorar las condiciones de competencia, y realizar anualmente un informe de la situación de competencia en la Argentina, entre otros.

V. A modo de conclusión

Un proverbio danés (famosamente utilizado por Niels Borh, el físico ganador del Premio Nobel en 1922 por su aporte a la mecánica cuántica) sostiene que hacer predicciones es muy difícil, especialmente si es acerca del futuro. Es difícil vaticinar qué ocurrirá con el nuevo régimen de competencia en la Argentina. Lo que sí sé, y espero haber mostrado brevemente en estas líneas, es que está construido sobre bases sólidas, lo que permite ser optimistas: en buenas manos y con el apoyo de toda la comunidad económico-legal y política, es posible augurarle cada vez mejor salud y una duración prolongada. Con ello, seremos testigos de progresos importantes en la protección de la competencia en los mercados argentinos, para el bien de toda la sociedad.

(40) Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf> (última visita: 20/8/2018).

(41) Véanse, p. ej., sentencias del TDLC 160/2017 y 148/2015.

(42) Varias disposiciones hablan del “interés económico general”, pero esto deja aún abierta la pregunta de si se debe considerar el bienestar general o el del consumidor, o aun otro objetivo. Véase, respecto a esta discusión, BAKHOUM, M., “A Dual Language in Modern Competition Law? Efficiency Approach versus Development Approach and Implications for Developing Countries”, 34(3) *World Competition* 495-522 (2011).

(43) AVERITT, N. - LANDE, R., “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”, 74 *Antitrust Law Journal* 175 (2007).

(44) BAKER, J. - SALOP, S., “Antitrust, Competition...”, cit.

Establecimiento de un Sistema de Control Previo de Operaciones de Concentración en Chile: orígenes, implementación y desafíos (*)

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI (**) Y FELIPE CERDA BECKER (***)

I. Introducción

La regulación de la libre competencia en Chile ha sido objeto de múltiples modificaciones legales desde mediados del siglo XX. Su origen data de 1959, pero en 1963, 1973, 1999, 2003 y 2009 (por mencionar las principales) se aprobaron perfeccionamientos a dicha regulación. Esto no es de extrañar, y sigue una tendencia mundial en donde las regulaciones de libre competencia de cada país son objeto de modificaciones de tiempo en tiempo.

Sin embargo, hay una cuestión curiosa en las modificaciones en Chile. En ninguna de las modificaciones efectuadas se hizo referencia alguna, ni directa ni indirecta, al control de operaciones de concentración. La palabra fusión no existía en el texto de la ley, lo que no fue un impedimento para que el sistema procesara algunas de las principales operaciones de concentración a través de un mecanismo de consulta, bajo un contexto más bien judicial, cuyo inicio dependía de la voluntad de las partes que

iban a fusionarse. Así, el uso del procedimiento de consulta a las operaciones de concentración fue fruto de la creatividad de los organismos de libre competencia, más que a un mandato o diseño del Congreso.

Resulta difícil pensar que el legislador no hubiese tenido conciencia de la importancia de regular a las fusiones en un acápite especial de la ley, en especial teniendo presente las reformas en materia de control de fusiones que se hicieron en los centros principales de creación doctrinal de libre competencia, esto es, Estados Unidos de América y Europa (1).

(1) Así p. ej., en Estados Unidos de América, veinticuatro años después de la aprobación de la *Sherman Act* en 1890, vino la *Clayton Act* de 1914. La Sección 7 de la *Clayton Act* estableció una prohibición a las empresas que adquirieran el todo o una parte de las acciones de una empresa de su competencia, si el efecto de tal adquisición disminuía la competencia entre ambas, o restringía el comercio o tendía a crear un monopolio. Luego vino el *Celler-Kefauver Amendment* del año 1950 que incluyó a los activos de las empresas y no solo a sus acciones, arreglando así un evidente vacío legal. Además de otras reformas menores, el año 1976 se aprobó la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, en donde se estableció la creación de un sistema de notificación previa de fusiones. Esta ley hizo que las discusiones de fusiones ocurrieran en un *setting* administrativo más que judicial; esto es, ante el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DoJ) y la Federal Trade Commission (FTC), más que frente a las cortes. De hecho, la Corte Suprema de Estados Unidos no ha analizado decisión alguna sobre fusiones en las últimas décadas.

(*) Las opiniones vertidas en este documento son personales y no comprometen a institución alguna.

(**) Abogado de la Universidad de Chile. LL.M. de *Yale Law School*. *Visiting scholar* en *Stanford Law School*. Fue Fiscal Nacional Económico desde el 2010 y hasta el 2018.

(***) Abogado de la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho y Política de la Competencia y en Derecho Público Económico por la misma universidad. Jefe de la división de Fusiones y Subfiscal (S) de la Fiscalía Nacional Económica.

Bajo esta precariedad regulatoria, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) hizo esfuerzos en los últimos años en el ámbito del control de operaciones de concentración, de tres maneras distintas. Primero, presentó consultas ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”) sin el consentimiento de las empresas que buscaban fusionarse. Segundo, suscribió acuerdos extrajudiciales, los cuales requerían su aprobación por parte del TDLC. Y, tercero, en una oportunidad, demandó a unas empresas que se habían fusionado sin consultar.

Otro esfuerzo relevante fue aprobar el año 2012 una guía para las operaciones de concentración, que precisaba el mecanismo que la FNE iba a utilizar si alguna empresa quería voluntariamente conocer la opinión de dicho organismo público.

Recientemente, el 1 de junio de 2017 (2), entró en vigencia en Chile un nuevo sistema de control obligatorio de operaciones de concentración a cargo de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), en virtud del cual deberán someterse al análisis de dicha institución, previo a su materialización, los hechos, actos o convenciones que reúnan determinados requisitos (3).

El establecimiento de un control de operaciones a cargo de la FNE implicó un cambio radical en la forma en que se controlaban las operacio-

(2) La ley 20.945, que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, se publicó en el Diario Oficial Edición nro. 41.546 de fecha 30/8/2016 y en ella se establece un sistema de control de operaciones de concentración, sistema que entró en vigencia a mediados del año 2017. Ver, en especial, los arts. 46 al 61 del dec.-ley 211 modificado en www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf. Es interesante anotar una cierta sincronía temporal y de contenido con la situación de Argentina y su regulación del control de operaciones de concentración, en la ley 27.442 y su correspondiente dec. 480 del 23/5/2018.

(3) El primero es que se trate de una operación de concentración, de conformidad a lo preceptuado en la normativa de libre competencia de Chile (“dec.-ley 211”), que contiene una definición amplia para evitar cualquier elusión formal del mecanismo de control. El segundo es que las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse igualen o superen ciertos umbrales de venta establecidos por la Fiscalía.

nes de concentración en nuestro país, pasando de un sistema voluntario a uno obligatorio, además, junto con modificar al órgano encargado de tomar las decisiones en la materia, que era principalmente el TDLC (4), introdujo cambios de la mayor envergadura, tales como el establecimiento expreso de una *test* sustantivo de reducción sustancial de la competencia, un procedimiento con plazos acotados que se estructura sobre la base de dos fases, reservándose la segunda para los casos más complejos y normas que regulan el *gun jumping*.

Este significativo cambio legislativo contó con un amplio apoyo de la comunidad jurídica nacional, en especial los abogados de los estudios jurídicos dedicados a temas de competencia, sectores académicos y políticos, lo que en gran medida se debió a un diagnóstico más o menos compartido y generalizado acerca de los problemas del sistema de control de operaciones de concentración anterior y en parte —creemos— a la confianza respecto de la labor realizada por la Fiscalía en años anteriores.

Esto último no fue fruto del azar, sino que de acciones destinadas a visibilizar los problemas y entregar señales de los cambios estructurales que se necesitaban y que estaban en línea con las mejores prácticas y experiencias comparadas, y en una cierta conciencia en cuanto a que la Fiscalía estaría técnicamente preparada para asumir este desafío.

Pero no solo bastaba con idear un cambio profundo, recogiendo la experiencia internacional, en un puñado de artículos de la ley. También era necesario, como en toda reforma, echar a andar el sistema y mostrar cómo funciona en la práctica y no solo en el papel, una vez que se iniciada su vigencia, de una manera articulada, razonable, eficiente y predecible.

Para efectos de entender la magnitud del cambio al que venimos haciendo referencia, los desafíos institucionales que implicó y los desafíos futuros que se enfrenta, la exposición se divide en las siguientes partes: i) detallará

(4) El TDLC en el nuevo sistema conoce del recurso de revisión especial que los notificantes presenten en contra de las resoluciones de prohibición de la Fiscalía Nacional Económica.

someramente la institucionalidad chilena y el sistema de control de operaciones de concentración existente hasta antes de la ley 20.945 de 2016; ii) referirá a ciertos antecedentes que facilitaron la implementación del nuevo sistema de control de operaciones de concentración; y iii) efectuará una revisión de las características del nuevo sistema y ciertas estadísticas de funcionamiento, iv) para terminar con conclusiones y ciertos desafíos futuros.

II. Breve descripción del sistema antiguo de operaciones de concentración

El control de operaciones de concentración era realizado esencialmente por el TDLC, que es un tribunal especial de justicia cuya función principal es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia y que tiene la particularidad de estar integrado tanto por abogados como por economistas, con calificación y experiencia en libre competencia (5). Asimismo, existía la posibilidad de que el asunto escalara a la Excelentísima Corte Suprema a través de un recurso de reclamación, lo que implicaba más tiempo comprometido y más incertidumbre sobre la licitud o no de la operación que se quería realizar y sus posibles condiciones.

No obstante ello, la legislación era precaria —sino inexistente— en lo que a operaciones de concentración respecta pues no existía un procedimiento *ad hoc* de control ni se establecían estándares sustantivos particulares. Incluso, la ley no tenía ninguna referencia directa —o incluso indirecta— a las palabras “fusión” u “operación de concentración”, como ya se comentó en la introducción de este trabajo.

Pero más allá de la ausencia de estándares sustantivos, el principal problema, a nuestro juicio, era de naturaleza procedimental. El formato de proceso judicial no era el más adecuado para analizar las operaciones que efectivamente requerían de una revisión. Ha-

(5) La integración del TDLC corresponde a tres abogados (uno de ellos, su presidente) y dos licenciados con post grado en ciencias económicas. El TDLC es un tribunal judicial especializado que solo resuelve asuntos de libre competencia. Además, como resultado de la ley 20.945, resuelve sobre las eventuales indemnizaciones a que dan lugar las infracciones a la libre competencia.

bía dos razones principales que explicaban esa inadecuación. Primero, los tiempos involucrados en una actividad donde incluso se puede argumentar que la demora es el peor error en que se puede incurrir. Y, segundo, la naturaleza o forma en que debería darse la discusión. Los análisis de operaciones de concentración requieren un nivel de flexibilidad, que pasa por horas de discusión y negociación entre la autoridad y las empresas. Esa negociación debe darse en un ambiente de mayor horizontalidad que el que suele existir en instancias judiciales. Y también pasa por una cierta informalidad en la recolección de información, incluso respecto de actores aguas arriba o aguas abajo que podrían verse afectados por la operación en estudio. Además, se debe ser muy cuidadoso con la información confidencial que se ventila en el proceso de análisis de una operación de concentración.

El TDLC podía conocer de operaciones de concentración a través de diversas vías, en la regulación anterior a la ley 20.945: i) procedimientos no contenciosos (6); ii) procedimiento

(6) El procedimiento no contencioso se iniciaba mediante la presentación de una consulta, la que podía ser presentada por las partes de forma voluntaria, por la Fiscalía o bien por quienes tuviesen un interés legítimo. Este procedimiento tardaba en promedio alrededor de 8 meses. Era un procedimiento bastante rígido en su estructura y que no generaba instancias fluidas para discutir adecuadamente eventuales medidas de mitigación entre las partes, la Fiscalía y terceros con el TDLC. Este fue el mecanismo más utilizado y tenía la virtud de que no implicaba muchos trámites procesales en comparación con el procedimiento contencioso. El TDLC detentaba, eso sí, bajo el procedimiento de consulta mucho poder en tanto podía imponer “condiciones” al final del proceso, las que obviamente no eran conocidas por las partes con anterioridad a su imposición. Lo anterior se podía agravar por la inexistencia de una oportunidad para delimitar lo discutido en el procedimiento no contencioso, como sí ocurría en el contencioso a propósito de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Todos los inconvenientes anteriores se veían agravados respecto de operaciones que no implicaban mayores desafíos desde el punto de vista técnico de la libre competencia, pero que podían generar dudas desde esferas no expertas. Esas operaciones no contaban con un sello de validez de la autoridad, lo que podía presentar un obstáculo en tiempos de sensibilidad política respecto a la concentración de la economía. Ver arts. 18 nro. 2, 31 y 32 del dec.-ley 211 anterior a la reforma de 2016.

contencioso (7); y iii) mediante la aprobación de un acuerdo extrajudicial (8) entre las partes y la FNE.

En consecuencia, las disyuntivas a las que se enfrentaba una empresa eran amplias y diversas: i) operar de manera conservadora y consultar la operación al TDLC a través de un procedimiento no contencioso (con los tiempos, exposición y rigidez que ello implicaba), ii) acercarse a la Fiscalía y negociar un acuerdo extrajudicial para que este sea posteriormente aprobado por el TDLC, o bien, iii) perfeccionar la operación de concentración y defenderse ante un eventual requerimiento por infracción a la libre competencia. O sea, muchos riesgos y poca certeza.

Así, distintas operaciones de concentración siguieron los diferentes caminos que se mencionan en el párrafo precedente. A modo de ejemplo, la operación entre Abbott Laboratories de Chile Limitada y CFR Pharmaceuticals

SA (9) fue conocida por el TDLC mediante la presentación de un acuerdo extrajudicial, la fusión entre los supermercadistas SMU SA y Supermercados del Sur SA a través de un procedimiento no contencioso en que se consultó no la operación de concentración en sí misma, sino que las medidas que las partes pretendían establecer para mitigar los riesgos de la operación (10) y la operación entre Cine Hoyts y CineMundo a través de un requerimiento presentado por la FNE (11).

En un escenario confuso como el descrito no es de extrañar que existiese una postura crítica en torno al funcionamiento del sistema de control de operaciones de concentración, principalmente por falta de certeza jurídica, excesiva duración de los procedimientos y comportamientos oportunistas de terceros (12). De ello dan cuenta los antecedentes relevantes para el cambio legislativo que se detallan a continuación.

III. Antecedentes relevantes para el cambio legislativo

Tal como señalamos, la modificación legislativa que instauró el nuevo sistema de control de operaciones de concentración fue reflejo de una percepción generalizada de que se requería reestructurar de forma radical los procedimientos de cómo se evaluaban las operaciones de concentración en nuestro país. Esta percepción se fue cimentando durante varios años y dentro de los antecedentes relevantes podemos mencionar: i) la Comisión Rosende; ii) la guía para operaciones de concentración de la FNE; y iii) el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”).

III.1. Comisión Rosende

El presidente Sebastián Piñera en su primer período presidencial formó una comisión de

(7) El procedimiento contencioso es un procedimiento adversarial, que en promedio demora alrededor de 1 año y nueve meses y tiene la estructura típica de todo juicio, con una etapa de discusión, prueba y de sentencia. Según nuestros conocimientos, la FNE en más de 50 años de su existencia, nunca presentó un requerimiento fundado exclusivamente en una operación de concentración no consultada, salvo el caso “Cine Hoyts y CineMundo” del 2012. En general, la factibilidad jurídica de ganar un caso contencioso era escasa en tanto no había una transgresión concreta o específica de ninguna norma legal y la fusión no había producido efectos reprochables porque se acababa de perfeccionar. Además, había que asumir los costos de un litigio, en desmedro de destinar recursos humanos en casos más relevantes. A pesar de lo anterior, era positivo e interesante que la FNE intentara un requerimiento por una operación de concentración no consultada, pues así enviaba una señal disciplinante al mundo empresarial. El caso “Cine Hoyts y CineMundo” finalmente se concilió frente al TDLC. Para mayores detalles ver: www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-conciliacion-entre-la-fne-y-empresas-que-participaron-en-operacion-de-concentracion-entre-cine-hoyts-y-cinemundo/.

(8) El acuerdo extrajudicial, si bien se trata de un procedimiento bastante expedito, implicaba negociar previamente los términos con la FNE y someter posteriormente dicho acuerdo a la aprobación del TDLC. Este procedimiento, que como bien se dijo requería del acuerdo de voluntades con las empresas involucradas, generaba ciertas dudas en su utilización para casos de operaciones de concentración, argumentándose que el mecanismo natural era la consulta ante tal organismo. Esas dudas se fueron disipando con el tiempo, a través de resoluciones de acuerdos extrajudiciales específicos.

(9) Disponible en <http://www.tdlc.cl/tdlc.DocumentosMultiples/acuerdo39n/AE%2009-14.pdf>.

(10) Disponible en www.tdlc.cl/tdlc.wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_43_2012.pdf.

(11) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/requ_01_2012.pdf.

(12) Ver, p. ej., NEHME, N. - MORDOJ, B., “Diseños institucionales de control de concentraciones: análisis y propuestas”, *Estudios Públicos* nro. 125, verano, 2012.

economistas y abogados con conocimientos de libre competencia, liderada por el economista y académico Francisco Rosende, que tuvo por objeto estudiar el sistema vigente de defensa de la libre competencia, y emitir un informe con recomendaciones para implementar mejoras. Esa comisión fue una reacción de La Moneda ante la reacción social que se produjo por el requerimiento del caso Pollos, en donde la FNE acusó a los principales productores de coludirse (13).

En julio de 2012 la Comisión Rosende, emitió su “Informe de la comisión asesora presidencial para la defensa de la Libre Competencia” (14). En él se recomendaron reformas en varias materias, contando con un apartado especial dedicado al sistema de control de operaciones de concentración.

Al respecto, la comisión parte por hacer un breve análisis de algunos sistemas de control de operaciones de concentración en el derecho comparado, y continúa con una síntesis del sistema vigente a esa fecha. Las deficiencias que se identifican dicen relación con la falta de certeza que se entrega a las partes en cuanto a procedimientos y plazos de actuación de la autoridad, incertidumbre sobre las medidas de mitigación que pueda imponer el TDLC, la posibilidad de que terceros entorpezcan una operación por razones distintas a la libre competencia, y la larga duración del proceso completo.

En razón de estas críticas, la Comisión propone reformar el sistema y migrar hacia uno de carácter mixto, en donde las empresas que superen un determinado umbral deberán notificar obligatoriamente la operación a la FNE, estableciendo que la decisión de la FNE de aprobar una operación con medidas de mitigación, o bien rechazarla sea sometida a conocimiento del TDLC en un procedimiento breve; y que aquellas operaciones aprobadas pura y simplemente en una primera etapa no sean objeto de recurso alguno.

(13) Ver www.lasegunda.com/Noticias/Impreso/2012/07/764460/libre-competencia-comision-propone-perfeccionar-multas-y-no-logra-acuerdo-sobre-penas-de-carcel-por-casos-de-colusion.

(14) Disponible en www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf.

El informe finalmente recomienda que los umbrales que se adopten tengan relación con la magnitud de la operación a consultar, medida en activos de las empresas parte o en sus ventas.

III.2. La Guía de la FNE

En el 2012 la FNE quiso plasmar algunas consideraciones sobre la necesidad de modificar el sistema de control vigente a la fecha y lo hizo a través de la implementación de un procedimiento interno y especial que seguiría en los casos en que las partes le notificasen una operación de concentración de forma voluntaria y antes de su perfeccionamiento (15).

Este procedimiento se estableció en la guía para el análisis de operaciones de concentración, el cual aseguraba a las partes el análisis de la operación dentro de un plazo de 60 días hábiles. En ese plazo la FNE se comprometía a adoptar una de las siguientes 3 decisiones una vez analizada la operación: i) archivar los antecedentes, ii) alcanzar con las partes un acuerdo extrajudicial, o iii) consultar al TDLC, en los términos establecidos en el art. 18 nro. 2 del decreto 211, por los potenciales efectos anticompetitivos de la operación.

Se trataba de una guía, siguiendo la experiencia de las autoridades norteamericanas y europeas y al concepto de *soft law*, pues la FNE a ese momento carecía de facultades para dictar instrucciones y tampoco podía invadir la esfera de las atribuciones de los otros organismos. Era solo un compromiso de la autoridad administrativa en relación con las operaciones que las partes quisiesen presentarle.

(15) La Guía de la FNE junto con establecer el procedimiento que se comenta, establecía lineamientos sustantivos respecto del análisis de operaciones de concentración. Esta guía es similar a los *Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas*, elaborada por la autoridad de competencia argentina, y esto no es de extrañar en especial si se comparan con las guías estadounidenses (en especial la del 2010) y las europeas. Así se puede hablar de un proceso de convergencia y homogenización del derecho de control de concentraciones a nivel mundial. Ese proceso tiene aspectos muy positivos, en especial respecto a las operaciones de concentración mundiales, que requieren revisión en múltiples jurisdicciones.

Si bien la guía no era vinculante para los regulados, demuestra un esfuerzo por parte de la FNE para comprometer a los agentes económicos una forma de investigar, y principalmente una autolimitación sobre el tiempo en que estas iban a demorar. Además, se precisaba las facilidades a las empresas para discutir medidas de mitigación que pudiesen quedar recogidas en un eventual acuerdo extrajudicial.

El contenido de la guía es bastante similar a los artículos de la ley 20.945 sobre operaciones de concentración, pero adelantado un par de años. Esa similitud ayudó a facilitar la discusión parlamentaria pues ya había experiencia práctica del funcionamiento del mecanismo por parte de la FNE y de los abogados nacionales expertos de la libre competencia.

A nivel de organización interna de la FNE, junto con la elaboración de la guía se creó la División de Fusiones y Estudios, hoy División de Fusiones, como una forma de señalar la importancia del tema y de también buscar profesionalizar las discusiones propias de las operaciones de concentración. Había que aclarar que las fusiones tenían una lógica propia, distinta de los cárteles y de la monopolización.

A lo anterior, se agrega como elemento que favoreció la adopción del nuevo sistema de operaciones de concentración una buena percepción —creemos— del mundo jurídico en relación con la labor realizada en el marco de la revisión de operaciones de concentración por parte de la FNE.

Para medir la opinión del mundo jurídico, la FNE le ha encargado a la firma auditora internacional *Deloitte* que realice entrevistas personales a cada uno de los abogados expertos en libre competencia (16), tanto antes de la presentación del proyecto de ley modificando el dec.-ley 211

(16) El estudio *Deloitte* se ha realizado cada dos años, a partir del año 2012. *Deloitte* entrevista personalmente a cada uno de los abogados que aparecen mencionados en el ranking de abogados chilenos expertos en libre competencia que elabora *Chambers & Partners* año a año, y luego entrega a la FNE los resultados agregados de la encuesta. Con esta metodología ha sido fácil ir midiendo la percepción del mundo jurídico especializado, y los cambios que ha experimentado en los últimos años. Los resultados de la encuesta del 2012, 2014 y 2016 se

como una vez aprobada la ley 20.945 para revisar la percepción de su ejecución.

En la encuesta del año 2012 un 91% de los abogados entrevistados consideró un avance la dictación de la guía de operaciones de concentración, y solo un 9% lo contrario. Un 86% reconoció utilizar dicha guía, en comparación con un 9% que no lo hacía. La encuesta del año 2014 mejora las cifras. Un 95% considera un avance la guía y un 100% dice utilizarla. Ese año se agregó una pregunta adicional respecto a la evaluación de un sistema de notificación obligatoria a través de una ley y un 68% de los abogados consultados consideró positivo tal cambio legal.

En el estudio de *Deloitte* del año 2016 un 83% de los encuestados calificó el nivel técnico que ha realizado la FNE en materia de fusiones como “Bueno”, manteniéndose prácticamente al mismo nivel registrado en el estudio del año 2014 (84%) y superior al del año 2012 (77%) y en donde el 92% de los encuestados calificó como “Correcto” el grado de intervención de la FNE en materia de fusiones, que se compara contra el 79% y 69% registrado en los estudios de los años 2014 y 2012, respectivamente. Por último, un 96% de los encuestados calificó como “Bueno” el nuevo proceso de control de operaciones establecido por la ley 20.945 (17).

III.3. Informe de la OCDE

El año 2013 el Ministerio de Economía, a instancias de la FNE, solicitó a la OCDE la redacción de un informe que evaluara el estado del sistema de control de operaciones de concentración en Chile (18).

encuentran en la página web de la FNE en <http://www.fne.gob.cl/estudios-de-percepcion-deloitte/>.

(17) La encuesta se realizó entre el 14 de noviembre y 21 de diciembre de 2016, esto es una vez dictada la ley que estableció el nuevo control de operaciones de concentración, pero antes de su entrada en vigencia.

(18) Es interesante anotar que la solicitud a la OECD fue realizada por el Ministerio de Economía del primer gobierno del presidente Piñera. Los resultados del estudio de la OECD, en cambio, fueron recibidos por el Ministerio de Economía del segundo gobierno de la presidenta Bachelet, y utilizados como insumo principal para la redacción del proyecto de ley sobre operaciones de concentración. Lo anterior refleja una política de Estado respecto al tema de la libre competencia (una

El 21 de julio de 2014 la OCDE publicó su Informe de “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile” (19), donde destaca el análisis del funcionamiento del sistema, las críticas, y algunas recomendaciones para su mejoramiento.

Según el informe, el sistema de control de operaciones de concentración chileno carecería de cuestiones fundamentales, como transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad. Para la OCDE, estos factores eran vitales para lograr un sistema eficaz de control de operaciones de concentración para el país.

A juicio de la OCDE, existirían diversas causas de las deficiencias que el sistema conllevaría. En primer lugar, se identifica un vacío en la legislación en materia de control de operaciones de concentración, en conjunto con la falta de criterios jurisdiccionales claros. Se explica que los organismos de competencia operan en este ámbito amparados solo por un mandato general contenido en el dec.-ley 211, mas no atendiendo a un marco legal claro y específico a estas operaciones, como fue consignado más arriba.

Luego se indica que el control de fusiones quedó sujeto a los mismos procedimientos generales que se aplican para las conductas anticompetitivas, y que eso sería ineficaz porque la evaluación de una fusión, que prospectivamente puede llegar a ser perjudicial para la libre competencia, puede no ser igual a la de una conducta que es o ha sido anticompetitiva en el pasado. Habría ahí un vacío de diseño del procedimiento que, a opinión de la OCDE, debía ser corregido.

Finalmente, el Informe señala que ni la FNE, y el TDLC poseen, en el sistema actual, facultades específicas respecto a estas operaciones y por tanto su evaluación se complejiza aún más.

Ante este diagnóstico de nuestro sistema de control de operaciones de concentración, la

“*posta*”), independientemente del color político de cada gobierno.

(19) OCDE, Informe del Secretariado titulado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, http://www.OCDE.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf.

OCDE plantea diversas recomendaciones, entre las que destacamos las siguientes: “(1) El control de concentraciones debe estar incluido en la Ley de Competencia de Chile y formar parte de su política de competencia; (2) Chile debe establecer una delimitación certera del ámbito de control sobre las operaciones de concentración, definiendo cuáles operaciones están sujetas al control concentraciones e incorporando un sistema claro de notificación de operaciones de concentración; (3) El procedimiento de análisis de las operaciones de concentración debe ser eficiente, transparente, previsible y colaborativo. La facultad de análisis de operaciones de concentración debe ser claramente asignada por la ley a una autoridad competente. (4) El control de concentraciones debe contemplar un estándar sustantivo en virtud del cual las concentraciones sean analizadas. (5) Chile debe adoptar las herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del sistema de control de concentraciones”.

IV. La aprobación de la reforma al sistema de control de operación de concentración y período de transición

El 16 de marzo de 2015 ingresó un proyecto de ley al Congreso de Chile en línea con las recomendaciones realizadas por el informe de la Comisión Rosende, el informe de la OCDE y la guía de operaciones de concentración de la FNE del 2012. Este proyecto culminó en la dictación de la ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. En virtud de lo anterior se incorporó un Título IV al dec.-ley 211 destinado a regular lo relacionado al control de operaciones de concentración (20).

Así, luego del cambio legislativo, el control de las operaciones de concentración quedó radi-

(20) Según consta en la historia de la ley 20.945, los cambios que se efectuaron producto de la discusión en el Parlamento fueron marginales, lo cual marca un contraste con las indicaciones que se recibieron en los artículos sobre criminalización de la colusión. Lo anterior refleja el carácter esencialmente técnico del mecanismo de control de las operaciones de concentración y quizás la uniformidad de opiniones de los antecedentes que los congresistas tuvieron a la vista en los temas de control de operaciones de concentración. Ver la historia de la ley 20.945 en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc.historia-de-la-ley/5311/>.

cado esencialmente en una instancia administrativa, esto es la FNE(21), siendo obligatorio notificar a dicho órgano en caso de fusiones, adquisición de influencia decisiva en la administración de un agente económico, *joint ventures* y la adquisición de control sobre activos, siempre que superen los umbrales de venta en Chile establecidos en la resolución dictada por la Fiscalía.

Notificar una operación de concentración que supere los umbrales quedó de resorte exclusivo de los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación y se debe realizar de forma conjunta, acompañando los antecedentes que exige el Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Asimismo, las partes pueden notificar voluntariamente las operaciones que no igualen o superen los umbrales de notificación. Si las partes no notifican este tipo de operaciones, la FNE tendrá un plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación para iniciar una investigación de oficio.

La notificación de la operación sea esta obligatoria o voluntaria, tiene como efecto la suspensión de su perfeccionamiento hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente. Asimismo, da inicio al procedimiento investigativo ante la FNE que se proyecta expedito, colaborativo, flexible permitiendo la negociación sobre medidas de mitigación, de ser necesarias.

De esta forma, una vez efectuado el examen de completitud de la notificación, se da inicio a la investigación, que contempla un plazo de 30 días hábiles contado desde resolución de inicio

(21) Sin perjuicio de la intervención del TDLC y eventualmente de la Excm. Corte Suprema en el caso de que se interponga un recurso de revisión especial respecto de la prohibición de una operación de concentración por parte del órgano administrativo. Es interesante consignar que ante una prohibición reclamada, el TDLC es el tribunal de última instancia, en la medida que acoja todas o parte de las medidas que ofrecieron los notificantes a la FNE. En cambio, si el TDLC incorpora medidas nuevas, distintas a las ofrecidas a la FNE, ahí surge la posibilidad de entablar un recurso ante la Corte Suprema.

de la investigación para analizar la operación ("Fase I"). Al término de la Fase I, la FNE puede adoptar las siguientes decisiones: i) aprobar pura y simplemente, ii) aprobar con las medidas ofrecidas por el notificante, o iii) extender la investigación por 90 días máximo. En este último caso de que se llegue a la convicción de que la operación puede reducir sustancialmente la competencia(22).

Al término del período por el cual se extiende la investigación ("Fase II") la FNE puede: i) aprobar pura y simplemente, ii) aprobar con las medidas ofrecidas por el notificante, o iii) prohibir la operación notificada si llega a la convicción de que la operación es apta para reducir sustancialmente la competencia.

Frente a la una resolución de prohibición de la Fiscalía las partes pueden interponer ante el TDLC un recurso de revisión especial, dentro de un plazo de 10 días hábiles, el que debe ser fundado.

Por otra parte, la ley contempla un silencio positivo, de forma que, si la FNE no resuelve dentro de los plazos legales, se entenderá que la operación ha sido aprobada.

Junto a lo anterior, el nuevo procedimiento establece una serie de derechos en favor de los notificantes, como el derecho a ser oído, manifestar su opinión, al suministro de información respecto del curso de la investigación, derecho a que se le informen los riesgos de la operación detectados con base en los antecedentes de la investigación antes de que se dicten las resoluciones de término de Fase I o Fase II, derecho a proponer medidas de mitigación por escrito, entre otros.

Por último, el legislador estableció un catálogo de infracciones vinculados al sistema de control de operaciones de concentración, las que proceden en caso de que se incumpla el deber de notificar una operación que supere los umbrales, se infrinja el deber de suspender el perfeccionamiento de la operación, se in-

(22) Este proceso guarda bastante semejanza con el establecido por la ley 27.442 argentina, que establece esos plazos más amplios de 45 y 120 días para la primera y segunda fase.

cumplan las medidas de mitigación con que se aprobó la operación, se perfeccione una operación prohibida o bien se haga entrega de información falsa (23).

Como se puede apreciar, al comparar el nuevo sistema con el anterior, las modificaciones son importantes y de gran envergadura, por lo que el legislador contempló un período de vacancia (24) para la entrada en vigencia de la ley a efectos de una adecuada preparación de la FNE y de los particulares.

Una vez aprobada la ley, viene un duro desafío para la autoridad a cargo. Las leyes no se bastan a sí mismas. Se requieren muchas decisiones posteriores, de carácter administrativo, que pueden hacer la diferencia entre simplemente contar con una buena ley a contar con un buen sistema de control. Lo segundo es de suyo complejo, y requiere de un *ethos* que proviene no solo de la autoridad sino que de la comunidad comprometida con su aplicación.

En este contexto una de las primeras tareas a la que se avocó la Fiscalía fue la de definir los umbrales que hacen precedente la notificación obligatoria de una operación de concentración (25). Este es uno de los temas más sensibles cuando se instaura un sistema de control obligatorio, toda vez que un umbral demasiado bajo podría someter a una carga administrativa excesiva a la FNE y a costos de transacción relevantes a los privados, mediante la revisión de operaciones con un escaso potencial anticompetitivo. Por el contrario, uno muy elevado podría dejar operaciones potencialmente riesgosas sin revisar, lo que en todo caso se ve

matizado en el sistema chileno por el hecho de contar la Fiscalía con la posibilidad de iniciar investigaciones de oficio en relación con operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales de venta (26).

A lo anterior hay que agregar que la ley contempló la facultad del Fiscal Nacional Económico de modificar los umbrales mediante resolución publicada en el Diario Oficial, los cuales entrarían en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación.

Esta facultad de la Fiscalía es bastante excepcional en el derecho comparado y otorga una gran flexibilidad para adecuar los umbrales a la evolución de la economía nacional, constituyendo un voto de confianza del sistema político a la función técnica desarrollada por la Fiscalía (27).

Para efectos de fijar los umbrales de notificación, la Fiscalía encargó un informe económico externo con una metodología para su cálculo (28), el que fue sometido a comentarios de cinco destacados economistas nacionales expertos en organización industrial. Entre ellos, existió consenso en que la metodología para su cálculo y los umbrales propuestos eran razonables. El TDLC también tuvo la oportunidad de analizar estos informes e informar su parecer a la FNE.

(23) Ver especialmente art. 3° bis del dec.-ley 211.

(24) La ley estableció un período de vacancia de seis meses contado desde la publicación en el Diario Oficial de los umbrales de notificación de la resolución que los fija.

(25) Uno de los pocos cambios que sufrió el proyecto de ley 20.945 en materia de control de operación de concentración se refirió a quien ostentaba el poder de fijar y modificar los umbrales. El proyecto original establecía que esa era una atribución del Ministerio de Economía, ministerio del cual la FNE tiene vinculación administrativa. Sin embargo, la Comisión de Constitución y Justicia del Senado prefirió que esa atribución la tuviera la propia FNE, y así quedó zanjado en el texto aprobado por el pleno del Congreso.

(26) Se produce aquí una tensión entre dos posibles errores. Por un lado, dejar de analizar y en consecuencia permitir una operación que merecería medidas o incluso un potencial rechazo. Por el otro, revisar e incluso condicionar o prohibir operaciones que no debieran haberse ni revisado ni menos condicionado o prohibido, con un costo para la autoridad y para los regulados. El *quid* del asunto es conseguir un equilibrio razonable entre los dos posibles errores, sin caer en los excesos de uno u otro.

(27) La resolución que aprueba los umbrales está disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Res_667.pdf. Interesante anotar que la fijación de umbrales se hizo por parte de la FNE en Unidades de Fomento, permitiendo así ajustes automáticos por posibles efectos inflacionarios. Algo parecido entendemos hizo la regulación argentina, para así evitar que los montos fijados terminaran siendo irrelevantes por la pérdida de valor de la moneda nacional.

(28) Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/umbrales_operaciones_concentracion.pdf.

Una vez definidos los umbrales(29), la Fiscalía dio especial relevancia en dar certeza a los agentes económicos y transparentar diversos criterios de interpretación en relación con los términos amplios que la ley emplea, a través de la dictación de guías.

Con tales fines la Fiscalía se centró en elaborar una serie de guías, las que fueron sometidas a procedimientos de consulta pública, recibéndose comentarios tanto de particulares, como del Colegio de Abogados de Chile, la *Federal Trade Commission*, la *International Bar Association*, la *American Bar Association*, entre otros. Varios de estos comentarios fueron recogidos en las versiones definitivas que fueron difundidas a través de la página web institucional de la Fiscalía.

Las guías que dicta la Fiscalía si bien no son vinculantes para los particulares, ni para el TDLC, buscan orientar y dar lineamientos respecto de cómo dicho servicio público interpreta la normativa. Estas guías fueron aprobadas, en su versión final, antes que entrara a regir a plenitud el sistema de control de operaciones de concentración instaurado por la ley 20.945 (30).

Las principales guías que se dictaron fueron las de jurisdicción y de remedios.

El objeto de la Guía de Jurisdicción (también denominada de Competencia)(31) es precisar los criterios que usará la Fiscalía para determinar cuáles son los hechos, actos o convenciones

(29) Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Res_667.pdf.

(30) Para la FNE era importante mostrar proactividad en todo lo relacionado con la aplicación de la ley, y disminuir lo más posible todos los espacios de natural discrecionalidad que brindaba la ley. Este esfuerzo se logró concretar en gran parte porque había suficiente experiencia comparada acumulada, tanto en Europa como en Estados Unidos, de manera que era sensato hacer el ejercicio de seleccionar y sistematizar esa experiencia y volcarla en las guías, aun cuando no había experiencia chilena de la aplicación de la ley 20.945. También ayudó a esta selección y sistematización la experiencia con que ya contaba la FNE gracias a la aplicación de la Guía de Operaciones de Concentración de 2012. En la elaboración de la guía de Competencia se contó con la asesoría de un abogado europeo especializado, que había trabajado en la OECD en temas de competencia.

(31) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf.

que califican como operaciones de concentración, conforme al dec.-ley 211.

Esta calificación determina la competencia de la Fiscalía para conocer dicho asunto de conformidad al procedimiento del Título IV del dec.-ley 211. Elementos novedosos para el medio nacional son los conceptos de influencia decisiva y de control que no necesariamente coinciden con los de la Ley de Mercado de Valores u otras regulaciones sectoriales y la clarificación de cuando una *joint venture* constituye una operación de concentración.

Por su parte, la Guía de Remedios(32) se refiere a la evaluación que realizará la FNE de las medidas de mitigación que ofrezcan las partes y los principios generales aplicables a las medidas que estará dispuesta a considerar en sus decisiones. Dentro de estos se encuentra que las medidas sean efectivas, factibles de implementar, ejecutar y monitorear y proporcionales. En materia de fusiones horizontales la guía manifiesta una clara preferencia por las desinversiones a un comprador adecuado como el remedio idóneo.

Adicionalmente se elaboró una guía que determina la forma en que se calculan los umbrales(33) y formularios de procedimiento ordinario(34) y simplificado(35).

Con todo, esta preparación y documentación comenzó el funcionamiento del nuevo sistema de control de operaciones de concentración el primero de junio de 2017(36).

Hay que agregar que el Ministerio de Economía dictó el reglamento que lista los documen-

(32) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf.

(33) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1-1.pdf.

(34) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion_ordinario-1.pdf.

(35) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion_simplificada-1.pdf.

(36) Además de tener afinado las guías, se hizo una planificación exhaustiva en la contratación de profesionales para aumentar la dotación que se iba a requerir para el funcionamiento del sistema en plenitud y en el consiguiente aumento del espacio físico de las oficinas de la FNE.

tos que deben ser acompañados en la notificación, haciendo una diferencia entre el procedimiento ordinario y el simplificado, tal cual lo contemplaba la ley 20.945. Ese reglamento detalla con precisión cuáles son esos documentos y el procedimiento de notificación no se entiende iniciado hasta que las empresas efectivamente entregan esos documentos a la FNE (37).

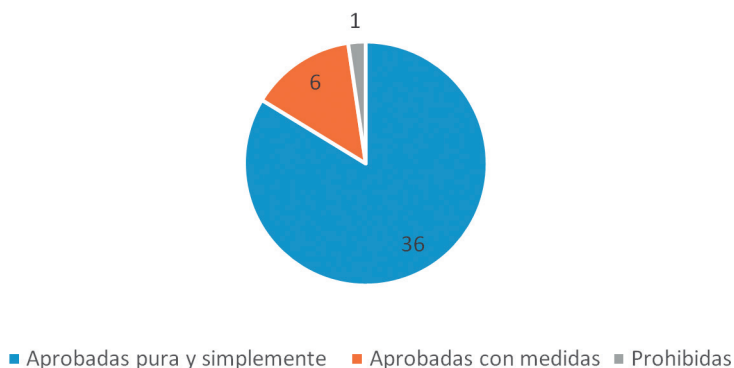
V. El nuevo sistema de control de operaciones de concentración en funcionamiento

Durante el primer año de funcionamiento del nuevo sistema de control de operaciones

de concentración, esto es desde el 1 de junio de 2017 al 1 de junio del 2018, la Fiscalía ha recibido un total de 58 notificaciones de operaciones de concentración. Del total de notificaciones ingresadas, 27 lo hicieron utilizando un procedimiento ordinario y 31 un procedimiento simplificado.

Por su parte, en ese período de análisis la FNE ha adoptado 43 decisiones, que se distribuyen de la forma que se muestra en el siguiente gráfico y que se encuentran listadas como Anexo al final de este trabajo:

Número total de decisiones (Fase I y Fase 2)



Fuente: FNE

Como se puede apreciar, la tasa de intervención, calculada con base en la razón entre, por una parte, las operaciones de concentración aprobadas con remedios, las decisiones de pro-

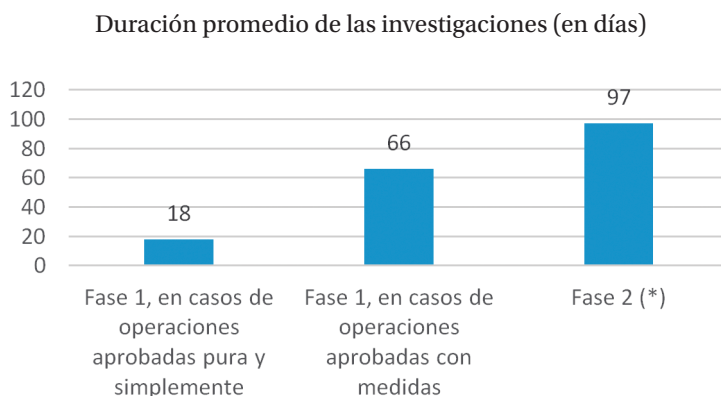
hibición y las operaciones abandonadas por las partes luego de la extensión del procedimiento a Fase II y por otra parte el total de decisiones emitidas, bordea el 16%.

(37) Es interesante consignar que el Reglamento de Notificación de Operaciones de Concentración del Ministerio de Economía es detallado y, en consecuencia, lista la información que se requiere para efectuar una notificación. El detalle y la cantidad de información del reglamento tienen una explicación de eficiencia. Es cierto que eso hace más costosa una notificación, siempre que se cumplen los umbrales. Pero, por otro lado, la mayor cantidad de información al principio del proceso permite aumentar los *chances* de que la FNE apruebe la operación en Fase I, o sea, dentro de 30 días, y no se vea en la necesidad de requerir información adicional en Fase II, lo cual sí genera costos importantes a los notificantes. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Decreto-33-Aprueba-Reglamento-Operaciones-de-Concentracion-1.pdf>.

Esta tasa de intervención puede ser más elevada que la que se aprecia en otras jurisdicciones (38), pero ello se debe en parte a investigaciones previas de carácter complejo que la FNE estaba investigando y que se notificaron en virtud de la entrada en vigencia de la ley.

Otra estadística relevante, dadas las críticas al sistema anterior, son los plazos de duración de las investigaciones. En el gráfico que sigue se muestran los promedios, distinguiendo entre Fase I y Fase II.

(38) Ver FAUL - НИКРАУ, *The EU LAW of Competition*, 3ª ed., Oxford, 2014, p. 546.



Fuente: FNE. (*) No se ha incluido, para efectos del cálculo, la duración de la Fase 1 de la respectiva investigación. Es decir, solo se consideró el tiempo transcurrido desde la fecha de la resolución del artículo 54 letra c) del dec.-ley 211, hasta el término de la investigación.

La diferencia de días promedio respecto de Fase I en relación con operaciones aprobadas pura y simplemente y las aprobadas con medidas de mitigación, se explica porque en este segundo caso el procedimiento se suspende por un plazo de 10 días con el ofrecimiento de medidas que realicen las partes. Es usual que producto de las observaciones que plantea la FNE a las medidas propuestas, las partes presenten más de un escrito de medidas.

Como se puede apreciar los plazos son bastante acotados y las decisiones se han adoptado siempre dentro de los plazos que la legislación establece, por lo que desde esta perspectiva la evaluación del funcionamiento del sistema de control es positiva. En otras palabras, no ha operado hasta ahora nunca el silencio administrativo establecido en la ley 20.945.

Otro elemento además de las estadísticas que permite evaluar el funcionamiento del sistema de operaciones de concentración es la opinión de los usuarios del sistema. Para estos efectos la FNE realizó una encuesta entre abogados de estudios jurídicos que asesoraron a las partes notificantes en procesos de notificación de operaciones de concentración, al cumplirse seis meses de la vigencia del mecanismo de notificación (39).

(39) Las encuestas se realizaron entre junio y noviembre de 2017 y se encuentran disponibles en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Informe-Resultados-Encuesta-Fusiones.pdf>. Un dato interesante

En general, los resultados arrojaron un balance bastante positivo. En efecto, un 76,4% de los encuestados calificó con nota 6 o superior (de un máximo de 7) la implementación del nuevo régimen de control de operaciones de concentración.

A su vez, un 87% de los encuestados calificó como *muy pertinente* o *pertinente* la información solicitada por la FNE una vez iniciada la investigación.

En relación con las guías elaboradas por la FNE y a las que hicimos referencia al analizar el período de transición, todos los encuestados consideraron que la Guía de Jurisdicción o Competencia y la Guía de Umbrales como útil o muy útil, y el 94% consideró a la Guía de remedios como útil o muy útil.

VI. Conclusiones y desafíos futuros

La nueva regulación de control de operaciones de concentración de la ley 20.945 está alineada con las mejores prácticas internacionales en la materia.

A la fecha, el sistema de control de operaciones de concentración ha funcionado, a nuestro parecer, en su primer año de vigencia, de ma-

que se puede obtener de la encuesta es que los valores más repetidos (moda), con respecto al tiempo empleado para preparar la notificación de una operación de concentración por los particulares, son 45 días y 60 días.

nera razonable, articulada y eficiente. Su evaluación, en general, es positiva.

Este funcionamiento se debe —creemos— a la planificación con que la FNE abordó el cambio legal. En efecto, la estrategia seguida por la FNE para el cambio legal y para su implementación ha sido clave en este éxito inicial. Esa estrategia se resume en planificación. Y esa planificación incluyó tres aspectos esenciales. Por un lado, haberse “adelantado” a la reforma a través de una guía y la utilización razonable de las escasas herramientas de ese entonces, como la presentación de consultas, los acuerdos extrajudiciales y los requerimientos. Por otro, haber solicitado asesoría a expertos internacionales, como la OCDE y abogados extranjeros expertos, y haber escuchado los consejos de autoridades extranjeras, o incluso asociaciones de abogados extranjeras. Y, por último, haber generado instancias de confianza dentro de la comunidad jurídica nacional, y haber tenido el coraje de medir esa confianza a través de encuestas bianuales.

No obstante lo anterior, los desafíos que deberá enfrentar la FNE a futuro en el control de operaciones de concentración son de gran envergadura.

A todas luces es evidente que esta cuestión del control de operaciones de concentración no es fácil. Hay un importante componente económico y prospectivo en el análisis. La revisión de los riesgos unilaterales y coordinados es, a veces, un camino sinuoso y escarpado, al igual que la mirada sobre las eficiencias. Y, para peor, hay una necesidad de coordinación internacio-

nal entre países que tienen distintos niveles de desarrollo del derecho de la competencia.

Creemos que el primer gran desafío es seguir buscando dar mayor certeza y predictibilidad a los agentes económicos que notifican una operación de concentración, por ejemplo, mediante la elaboración o actualización de guías sustantivas, tanto en lo relacionado con operaciones de naturaleza horizontal como vertical, así como en materias procedimentales y de estandarización de procesos.

Otro desafío relevante consiste en mejorar la calidad de análisis de los informes y resoluciones que dicta la autoridad, tanto la administrativa como la judicial, que destilen estándares a seguir, lo que es una tarea compleja si se tiene en consideración los acotados plazos que estableció el legislador, siendo necesario invertir en capacitación de sus funcionarios y el apoyo de agencias de competencia con más experiencia.

Pero quizás el más complejo desafío que hay que enfrentar es mantener un equilibrio sano entre, por un lado, ir engrosando los estándares y las claves técnicas que se utilicen (tanto los sustantivos como los procesales) a propósito de cada caso concreto que se analice, de manera que el sector privado entienda y prevea la razonabilidad del control estatal, y por el otro, tener la capacidad de convencimiento de la bondades de las decisiones de esos casos, frente al público en general, y en especial al mundo político, en un lenguaje claro y simple.

Eso no es fácil, y requiere algo que escasea en nuestra geografía: confianza.

ANEXO

Decisiones del 1 de junio de 2017 al 31 de mayo de 2018

Rol	Carátula	Fecha Resolución
F80-2017	Notificación Operación de Concentración Dow Chemical y Dupont	14/7/2017
F81-2017	Notificación de Operación de Concentración AT & T Inc. y Time Warner Inc.	4/9/2017
F82-2017	Notificación de Operación de Concentración entre NYK, MOL y KL	29/6/2017
F83-2017	Notificación de Operación de Concentración Adquisición de Hamburg Süd por Maersk Line”	13/10/2017

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Rol	Carátula	Fecha Resolución
F84-2017	Operación de concentración entre GTA Travel Holdings LTD., Kuoni Holdings Plc y sus filiales, y Hotelbeds Group.	23/8/2017
F85-2017	Notificación de la operación de concentración entre Essilor International y Luxottica Group	31/1/2018
F87-2017	Operación de concentración entre Atlantia y Abertis	11/10/2017
F88-2017	Notificación Operación de Concentración entre Grupo Minerva y Grupo JBS	10/10/2017
F89-2017	Adquisición de Samsung Electronics Co. Ltd. por parte de HP Inc.	23/10/2017
F90-2017	Notificación de Operación de Concentración Ideal SA - Nutrabien SA	10/5/2017
F91-2017	Adquisición de TerraForm Power y otro por Orion US Holdings 1 LP	02/10/2017
F93-2017	Adquisición de Patio Comercial y Gestión y Desarrollo por Grupo Patio, e ingreso Algeciras como controlador	07/11/2017
F94-2017	Adquisición de Enjoy SA por parte de Entretenciones Consolidadas SpA	02/10/2017
F95-2017	Operación de concentración entre Acciona Concesiones Chile Limitada y Acciona Construcción, SA, Agencia en Chile, con Global Vía Infraestructuras Chile SA y Globalvía Chile SpA, por la adquisición de Sociedad Concesionaria Acciona Concesiones Ruta 160 SA	23/10/2017
F96-2017	Operación de concentración entre Concesiones Viarias Chile SA y Fondo de Inversión Público Penta Las Américas Infraestructura 3, por la adquisición de Sociedad Concesionaria Ruta del Canal SA	19/10/2017
F97-2017	Adquisición de Monsanto Co. por parte de Bayer AG”	29/5/2018
F98-2017	Notificación de Operación de Concentración entre Maderas Arauco SA y Empresas Pizarreño SA	4/1/2018
F99-2017	Adquisición de Schenck Process Holding GmnH por The Blackstone Group Partners LP	22/11/2017
F100-2017	Adquisición de activos de Megacompra por parte de Multicaja”	21/12/2017
F102-2017	Adquisición de derechos en Inversiones Pocuro SA por parte de Grupo Australis Partners”	1/12/2017
F103-2017	Notificación de Adquisición de Garmendia Macus SA y American Shoe SA	7/12/2017
F104-2017	Adquisición de Andes Airport Services SA	12/1/2018
F105-2017	Notificación de Operación de Concentración entre HOCHTIEF AG y Abertis Infraestructuras SA	5/1/2018
F106-2017	Adquisición de Acciones de Noble Américas Corp. por parte Vitul US Holding Co.	28/12/2017
F107-2017	Adquisición por parte de Generadora Metropolitana SpA de la participación de Aes Gener SA y Norgener Foreign Investment SpA en Sociedad Eléctrica Santiago SpA”	8/2/2018

Felipe Irrázabal Philippi y Felipe Cerda Becker

Rol	Carátula	Fecha Resolución
F 109-2017	Operación de Concentración entre Aza Participaciones SPA, Matco Cables SPA y otros	29/5/2018
F110-2017	Operación de Concentración entre Besalco Concesiones S.A. y Empresa Constructora Belfi SA	28/2/2018
F113-2018	Operación de Concentración entre BCI y Walmart	20/4/2018
F114-2018	Operación de concentración consistente en joint venture entre ENAP y Pecket Energy SA	23/4/2018
F115-2018	Adquisición por parte del Fondo de Inversión Privado Hammer, de las acciones de Alvi y SMU en Construmart	23/3/2018
F117-2018	Adquisición de control de General Cable Corporation por parte de Prysmian SpA	8/5/2018
F118-2018	Adquisición por parte de la sociedad Peruana Inversiones Piuranas SA de la sociedad Boliviana ADM-SAO SA	11/5/2018
F119-2018	Operación de Concentración entre Mitsui & Co. y Sociedad Inversiones Tajamar Ltda. para participación en negocio de arriendo de vehículos y otros	20/4/2018
F120-2018	Operación de concentración entre Alifrut, Punto Azul e Hidropónicos La Cruz	20/4/2018
F121-2018	Ingreso de Inversiones Gran Araucaria Dos Ltda. A la propiedad de MEDS	23/3/2018
F122-2018	Operación de concentración consistente en Joint Venture entre IBM y GTD Holdings Inc.	10/4/2018
F123-2018	Adquisición de acciones de CAM Chile por ECC	6/4/2018
F124-2018	Notificación de Operación de Concentración entre Total, Borealis y NOVA	25/4/2018
F125-2018	Consortio entre Sacyr Concesiones Chile SpA y Agencias Universales SA para la Licitación del Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt	11/4/2018
F126-2018	Adquisición por Parte de American International Group Inc. de Validus Holdings Ltd.	2/5/2018
F127-2018	Adquisición de BBVA inversiones Chile y sus sociedades filiales y de BBVA Inmobiliaria e Inversiones, por parte de Scotiabank	31/5/2018
F128-2018	Notificación de Operación de concentración entre Empresas Masvida SA, Inversiones Valmar Ltda. y Madesal SA	17/5/2018
F129-2018	Adquisición de Hormigones Independencia SA por Unión de Concreteras SA y Unión de Cementos SA	26/4/2018

La defensa de la libre competencia a través de la ley 27.442. Análisis desde el régimen colombiano

PABLO MÁRQUEZ (*), JUANITA FERNÁNDEZ (**) Y JORGE MARIO GONZÁLEZ (***)

I. Consideraciones iniciales sobre el derecho de la competencia

Con ocasión a la expedición de la ley 27.442 que propende por la defensa de la competencia, surge la necesidad de resaltar las bondades de la libre competencia, así como las razones por las cuales la misma ha de ser defendida. Por lo que, a continuación, expondré brevemente la razón de ser del derecho de la libre competencia, así como las distintas reglas o modalidades, no excluyentes entre sí, de sus regímenes, para terminar con una valoración general sobre la nueva ley argentina de defensa de la competencia de cara al régimen colombiano.

Como una primera aproximación, el derecho de la competencia consiste en el conjunto de reglas encaminadas a la protección del proceso competitivo en aras de maximizar el bienestar del consumidor (1). Desde la perspectiva económica, se ha entendido que la competen-

cia beneficia a la economía, pues implica que los agentes en el mercado deben comportarse competitivamente; a saber, sin acordar entre ellos, ni buscar eliminarse entre unos y otros valiéndose de estrategias contrarias a derecho. Por el contrario, la idea es que se sitúen en un punto medio: en una *competencia basada en los méritos* (2).

Lo anterior lleva de suyo que la regulación deba estar encaminada a la protección de la competencia, más que de los competidores, lo que implica distinguir las conductas que lesionan la competencia de las que la benefician.

Así, a modo de ejemplo, los agentes que ostentan poder de mercado deberán tener la posibilidad de desplegar sus mejores esfuerzos para atraer a los consumidores; y que a pesar de que en el proceso llegue a eliminar o a impedir la entrada de nuevos agentes en el mercado, si sus esfuerzos están acordes a derecho y además produce eficiencias económicas, entonces su conducta deberá ser permitida por las autoridades en la materia. H. Hovenkamp refuerza la idea antedicha al afirmar que no todas las conductas exclusionarias desplegadas por agentes con poder de mercado merecen reproche, puesto que algunas de ellas benefician a los consumidores; por ejemplo, la posibilidad de producir mejores productos a precios más bajos o los acuerdos para la coope-

(*) Abogado y filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana. Master en Economía en la misma universidad, obtuvo en LL.M en la Universidad de Harvard, y PhD en Derecho de la Competencia de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como Director de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia y como Superintendente de Defensa de la Competencia de la Autoridad colombiana de Competencia. Actualmente es Socio de la firma MBCR.

(**) Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

(***) Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

(1) WHISH, R., *Competition Law*, 6ª ed., Oxford University Press, 2009, p. 1.

(2) OCDE, "What is Competition on the Merits?", 2006, véase: <http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf> (consultado el 29/6/2018).

ración en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías (3).

En la práctica, las distintas jurisdicciones requieren de una regulación fuerte encaminada a la protección de la libre competencia, en razón a que la existencia de los mercados en condiciones de competencia perfecta se reduce a un plano meramente teórico (4). Razón por la cual, la mayoría de las veces, sino todas, existirán condiciones estructurales que generarán que ciertos agentes ostenten algún poder en el mercado. Así, a pesar de que el derecho de la competencia no pueda cambiar *per se* la estructura de los mercados, sí puede prevenir y sancionar comportamientos anticompetitivos que den pie para que ciertas empresas lleven a cabo prácticas que afecten el bienestar del consumidor, de la economía y de la sociedad (5).

Por lo anterior es que se hace necesaria una regulación idónea en materia de libre competencia; por la existencia de fallas inherentes a los mercados, pero también en razón a que es de vital importancia la protección del proceso de competencia y el bienestar del consumidor y/o social; que se erigen como fines del derecho de la competencia o como bienes jurídicos

(3) HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 3ª ed., Thomson West, Hornmook Series, 2005, p. 271.

(4) Los mercados en competencia perfecta son aquellos en los que, debido a la multiplicidad de oferentes y demandantes, la participación de mercado de cada uno de ellos con respecto al total del mercado es lo suficientemente inferior para que operen sin la posibilidad de fijar el precio. Este tipo de mercado competitivo se caracteriza porque los productos son homogéneos, y por ende sustitutos entre sí; hay información perfecta entre compradores y vendedores, por lo que todos los agentes conocen los precios y pueden responder inmediatamente ante cambios en los mismos; los costos de transacción son insignificantes; y como tampoco hay barreras de entrada y de salida, por lo que los agentes pueden ingresar y salir del mercado sin asumir costos adicionales. Véase: NICHOLSON, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, 9ª ed., Cengage Learning, México, 2008, p. 285; JONES, Alison - SUFRIN, Brenda, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, 6ª ed., Oxford University Press, 2016, p. 6; MANKIW, G., *Principios de economía*, 4ª ed., Thomson Editores Spain, Madrid, 2007, ps. 47-50.

(5) CRANE, D., *Antitrust*, Aspen Students Treatise Series. Wolters Kluwer. Part I - Antitrust Fundamentals, 2014.

tutelados por la misma. En Colombia, la ley consagra expresamente que el propósito de sus disposiciones es el de la protección de: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica (6).

Bajo esta línea, es posible observar una tendencia generalizada hacia el reconocimiento de la economía social de mercado, como la más idónea para lograr el cometido de maximización del bienestar tanto de productores como de consumidores. Ello en razón a que la misma determina a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, como el motor de la economía, no obstante, la limita razonable y proporcionalmente con el único propósito de cumplir con fines constitucionales, encaminados a la protección del interés general. Esta estructura de mercado tiene la capacidad de generar un incremento en el bienestar de la sociedad en su conjunto, en razón a que a través de una serie de instrumentos de intervención se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado (7).

En consonancia con la noción de la libre competencia y los postulados de la economía social de mercado, es dable afirmar que cuando la política de competencia se expresa en normas de contenido general y abstracto, así como cuando se expresa en órdenes de carácter particular y aplicadas a casos concretos, se imponen límites en la libertad de los agentes del mercado con el aparente fin de promover y preservar las condiciones de competencia. De este modo, en el marco de lo que compone la regulación de la competencia, subyace el principio, generalmente reconocido por la doctrina, conforme con el cual, partiendo de distintas aproximaciones y tomando diversas formas, se busca limitar el ejercicio abusivo del poder de mercado en cualquiera de sus manifestaciones, atendiendo a las particularidades de cada mercado (8).

(6) Ley 1340 del 24/7/2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Congreso de la República de Colombia. Art. 3º.

(7) Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. República de Colombia.

(8) HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, edición Kindle, Harvard University Press, Cambridge, 2005. Dice Hovenkamp: "All antitrust must do is see to it that the market functions reasonably well. This requires the

Sin perjuicio de la definición antes mencionada, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)(9), por ejemplo, encuentra que el derecho de la competencia tiene un carácter maleable que se adapta a las preocupaciones actuales de la sociedad. Sin embargo, dentro de sus objetivos existen unos que son básicos y otros que son suplementarios, en donde los primeros se refieren a la promoción de un proceso de competencia que permita el uso eficiente de los recursos. Y sobre los segundos, se destaca la prevención del abuso del poder económico y la promoción de pequeñas empresas (10).

Pues bien, frente al caso argentino, y desde la óptica de la nueva ley 27.442, es posible evidenciar que a través de la misma se reflejan las características antes mencionadas del sistema de la económica social de mercado. Ello, en razón a que como su nombre lo indica, aquella propende por la defensa de la competencia; la defensa de la concurrencia al mercado en igualdad de condiciones en aras de beneficiar a los consumidores, y que los mismos puedan ostentar la capacidad de escoger entre una amplia gama de productos ofrecidos. Y a la vez, crea la Autoridad Nacional de Competencia como un organismo descentralizado y autárquico, que cuenta con la capacidad de investigar y sancio-

creation of a few second-order incentives to develop the proper market structures and to discourage anticompetitive practices”.

(9) Organisation for Economic Cooperation and Development OECD por sus siglas en inglés.

(10) OECD, *The objectives of Competition Law and Policy*, “OECD Global Forum on Competition”, 2003, p. 2 “(...) los objetivos de la política de competencia en diferentes países indica que en la mayoría de las jurisdicciones, los objetivos básicos son mantener y alentar el proceso de competencia para promover el uso eficiente de los recursos y proteger la libertad de acción económica de los diversos participantes del mercado. En términos generales, se considera que la política de competencia también logra o preserva varios otros objetivos: pluralismo, descentralización de la toma de decisiones económicas, prevención de abusos de poder económico, promoción de pequeñas empresas, equidad y otros valores sociopolíticos. Se ha observado que estos objetivos ‘suplementarios’ tienden a variar entre jurisdicciones y en el tiempo. Esto último refleja la naturaleza cambiante y la adaptabilidad de la competencia política a fin de abordar las preocupaciones actuales de la sociedad sin dejar de ser firme para los objetivos básicos”.

nar a aquellos agentes en el mercado que contraríen los postulados que la ley defiende.

Lo anterior refleja la promoción por una cultura empresarial de respeto a los principios que gobiernan la normatividad de competencia en Argentina, la cual se complementa con la existencia de una autoridad nacional de competencia institucionalmente fuerte y proactiva en la prevención y sanción de conductas que restringen el libre juego de la oferta y la demanda; fomentando así un sentimiento de seguridad jurídica en cuanto a la aplicación efectiva de las reglas de competencia, generando efectos disuasorios frente a conductas anticompetitivas y, a su vez, efectos positivos frente a la productividad del país.

Adicionalmente, de cara al panorama general abarcado sobre las distintas modalidades o reglas, no excluyentes entre sí, de los regímenes de competencia, ha de resaltarse que la ley 27.442 contempla medidas regulatorias tanto de carácter preventivo como sancionatorias. Por ejemplo, frente al Capítulo I “De los acuerdos y prácticas prohibidas”, se evidencian las medidas regulatorias *ex post* o sancionatorias mientras que, por otro lado, con la obligación de notificación de determinadas concentraciones económicas se evidencian las medidas regulatorias *ex ante* encaminadas a limitar la forma como los agentes interactúan en el mercado. Lo cual denota una estructura jurídica fuerte que logra tanto controlar o limitar la estructura de los mercados partiendo de la base de la existencia de fallas inherentes a los mismos, como también determinar las prohibiciones y eventuales sanciones que han de darse, limitando así ciertos comportamientos de los agentes en el mercado que impiden alcanzar la eficiencia en los mismos, y en última medida la maximización del bienestar social (11).

II. Paralelo con el ordenamiento jurídico colombiano

La primera norma de competencia en Colombia fue expedida en 1956 (12), siendo el régimen colombiano uno de los más antiguos de

(11) MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

(12) Ley 155 de 1996 de la República de Colombia.

América Latina (13). Con las políticas de liberación económica que guiaron al país durante los años 90, la estructura del Derecho de la Competencia fue objeto de diversas modificaciones, comenzando por la nueva Constitución Política de 1991 que otorgó a la protección de la competencia el estatus de derecho fundamental (14). En ese contexto fue expedido el dec. 2153 de 1992, que aunque introdujo importantes avances, fue modificado en 2009 a través de la ley 1340, que fue promulgada para superar algunas deficiencias de la norma anterior y constituir una autoridad única y robusta que se encargara de velar por el cumplimiento de las normas de competencia.

De la lectura de la ley 27.442 es dable afirmar que la misma guarda similitud con el ordenamiento jurídico colombiano en materia de libre competencia en muchos aspectos. La ley argentina abarca, de manera general, una prohibición a ciertos acuerdos y prácticas, un régimen sobre la posición dominante, y uno sobre las concentraciones económicas. Aunque con algunas diferencias que serán expuestas posteriormente, en Colombia, las disposiciones sobre protección de la competencia también abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abuso de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales (15).

A continuación, se exponen un análisis comparativo de la ley 27.442 y el Régimen colombiano de competencia, desde cuatro temas: teoría del daño, prácticas restrictivas, programa de clemencia y la autoridad de competencia, con el objetivo de compartir experiencias y opiniones en torno a dichos ejes fundamentales.

(13) OCDE, p. 8.

(14) El art. 333 de la CN consagra la libertad de empresa y la libre competencia como un derecho fundamental, y obliga al Estado a impedir que se obstruya injustificadamente y que los agentes dominantes abusen de su posición. El rango constitucional del derecho de la competencia ha favorecido su protección a través de diversos mecanismos, y garantiza que la intervención del Estado esté guiada por este fin.

(15) Dec. 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Art. 46.

III. Teoría del daño

Frente al artículo primero de la ley 27.442, vale la pena hacer mención del requisito o límite que el legislador contempla para que una conducta sea prohibida por la ley, referente a la obtención de ventajas competitivas *significativas* mediante la infracción de normas. Pues bien, esta particularidad es de gran utilidad en razón de que considero es la materialización de la 'teoría del daño' en materia de competencia. Teoría que adquiere un papel preponderante a la hora de decidir si una conducta merece ser investigada y eventualmente sancionada por la autoridad de competencia, puesto que el análisis se centrará en si una conducta produce, o es probable que produzca, una lesión a los bienes jurídicos tutelados por las normas de competencia.

Ciertos acuerdos que se ha entendido tienden a afectar la libre competencia, pueden no obstante no ser sancionados debido a que aquellos no tienen un impacto apreciable en el proceso competitivo en el mercado. Según, R. Whish la teoría del daño, entendida también como la doctrina *de minimis* es aplicable a acuerdos cuyo objeto o efecto es la limitación a la libre competencia; lo cual significa que acuerdos tanto verticales como horizontales de naturaleza claramente anticompetitiva pueden no ser sancionados en razón a la insignificancia de su impacto (16).

Por ende, la presente doctrina genera el interrogante de si todas las conductas que, no obstante tener la capacidad de transgredir las normas de competencia, merecen ser restringidas por la autoridad de competencia, así las mismas no terminen lesionando los bien jurídicos relevantes para el derecho de la competencia. Hans Zenger y Mike Walker (17) afirman que la aplicación de la teoría del daño por las autoridades de competencia lleva de suyo la mitigación de

(16) WHISH, Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, 6ª ed., 2009, ps. 137-138.

(17) ZENGER, Hans - WALKER, Mike, *Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report. Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*, Jacques Bourgeois and Denis Waelbroeck, eds., Bruylant, 2012, ps. 185-209. Véase: <https://ssrn.com/abstract=2009296>.

la toma de decisiones basadas en supuestos meramente especulativos. Lo anterior en razón a que, esta teoría presenta ciertas características que han de cumplirse; v.gr. debe articular el cómo la competencia y, en última instancia los consumidores se pueden ver afectados por una conducta presuntamente anticompetitiva y también debe ser consistente con los incentivos con los que los agentes cuentan al momento de realizar una conducta anticompetitiva (18), entre otras.

Pues bien, la teoría del daño también se aplica al caso colombiano, donde la Superintendencia de Industria y Comercio (19) (en adelante SIC), como autoridad única de competencia, tiene la obligación de atender las reclamaciones o quejas sobre posibles infracciones al régimen de competencia, pero únicamente dar trámite a aquellas que sean significativas para lograr la protección de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica (20). Es decir, que para que proceda una investigación por parte de la SIC de alguna conducta, esta deberá tener cierta entidad, pues no cualquier conducta que llegue al conocimiento de la autoridad de competencia merece activar y desgastar el aparato sancionador de la misma.

En la Unión Europea esta discusión también ha tenido lugar, por ejemplo, a través de la crítica que se le ha hecho al *Legado Ordoliberal*; doctrina que consagra que las prácticas comerciales que se distancian de las características formales de la libre competencia deberían ser

(18) ZENGER, H. - WALKER, M., *Theories of Harm...*, cit., ps. 185-209, Bruylant, 2012, p. 1.

(19) Según el art. 6° de la ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de protección de la competencia, por lo que conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(20) Ley 1340 del 24/7/2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Congreso de la República de Colombia. Art. 3°.

prohibidas por las autoridades de competencia, en la medida en que, estas reflejan la intención de excluir a los competidores y de perjudicar a la competencia (21). De acuerdo esta postura, esta doctrina se distancia de la realidad, ya que “prácticas verticales como atar, reembolsos y las exclusividades son fuertemente empleadas por empresas incluso en mercados altamente competitivos, en donde la eliminación de un competidor es difícilmente una estrategia comercial viable” (22) (traducción libre del autor). Con todo, el hecho de darle importancia a la obtención de ventajas competitivas *significativas* para que la autoridad de competencia investigue conductas presuntamente anticompetitivas, genera el que no se tilden como perniciosas *per se*, conductas que a fin de cuentas pueden terminar no generando ninguna afectación a los bienes jurídicos protegidos por las normas de competencia o de hecho, intensificando la competencia.

IV. Prácticas restrictivas

La mayoría de las conductas que se presumen como prácticas restrictivas en el régimen colombiano, coinciden en el fondo con las que la ley argentina enuncia como tal. Sin embargo, existe una diferencia en la formulación de las normas, que marca una mayor tendencia del régimen argentino hacia la regla de la razón como sistema de análisis para imponer una sanción.

Como quedó mencionado, el derecho de la competencia en Colombia sanciona tres tipos de prácticas restrictivas, además de las que pueden surgir de las integraciones empresariales: acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y abuso de la posición de dominio.

Empezando por los acuerdos, el dec. 2153 de 1992 consagra una definición de cártel (23) y trae un listado de diez tipos de acuerdo, que “se consideran contrarios a la libre competencia”: cuando tengan por objeto o como efecto la

(21) ZENGER, H. - WALKER, M., *Theories of Harm...*, cit., ps. 185-209.

(22) ZENGER, H. - WALKER, M., *Theories of Harm...*, cit., ps. 185-209, Bruylant, 2012, p. 21.

(23) Dec. 2153 de 1995. Art. 45. “Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

fijación directa o indirecta de precios; determinar condiciones de venta o comercialización; la repartición de cuotas de producción o suministro, la limitación de desarrollos técnicos, realizar ventas atadas; la colusión en licitaciones públicas y alteración del proceso concursal para contratar con el Estado; e impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de distribución (24).

Como se puede observar, el catálogo de acuerdos que se presumen ilegales es bastante amplio. En cualquiera de estos diez casos, la autoridad de competencia puede aplicar la *Regla per se*, en virtud de la cual basta con probar que una conducta se adecua al supuesto de la norma para que sea sancionada, sin que haya lugar a una valoración de los efectos reales de la conducta en el mercado. La *Regla per se* se construye sobre una presunción de ilegalidad de prácticas particulares que ya han sido definidas por el análisis económico como restrictivas de la competencia, lo que permite predecir con confianza que en el futuro también lo serán (25). Considerando además que las conductas enlistadas en el dec. 2153 pueden ser sancionadas por su objeto o por su efecto, justificaciones de índole económica sobre posibles beneficios del acuerdo en el mercado serían en principio irrelevantes, y el posible infractor solo puede justificarse demostrando la conducta no existió (26).

La Ley argentina aborda los acuerdos de forma diferente, pues el listado de cárteles que se consideran *per se* anticompetitivos es mucho menor, y se reduce a los tipos de acuerdo conocidos como *cárteles intrínsecamente nocivos*, cuya afectación a la competencia es casi que innegable bajo cualquier circunstancia (27): fi-

jación de precios, asignación de cuotas de producción o suministro, repartición de mercado y manipulación de licitaciones públicas.

Como lo manifestó la OCDE, una lista de acuerdos anticompetitivo tan extensa como la del régimen colombiano es problemática a la hora de tratar acuerdos que, a pesar ser potencialmente restrictivos, pueden generar eficiencias que compensen tales restricciones; pues serían sancionados simplemente porque la conducta se adecua al supuesto de la norma (28). En contraste, la ley 27.442 al tener una lista mucho más reducida de acuerdos que se presumen anticompetitivos, otorga un mayor margen de valoración a la Autoridad de competencia para sancionar acuerdos que a fin de cuentas pueden resultar beneficiosos para los consumidores, como ocurre frecuentemente con los acuerdos verticales. Aquí se puede observar la tendencia del régimen argentino hacia la *Regla de la razón (Rule of Reason)*, a través de la cual la autoridad evalúa y pondera los efectos pro competitivos de una posible práctica restrictiva, con los anticompetitivos, para decidir si ha de ser sancionada (29).

Un panorama similar puede observarse en cuanto al abuso de la posición de dominio. Como anotación preliminar, vale la pena decir que ni el régimen colombiano ni el argentino recriminan la existencia de la posición de dominio en sí, reconociendo que puede reportar distintas ventajas al mercado relacionadas con reducción de costos y economías de escala (30). Lo que castigan es el abuso de esta posición. Adicionalmente, la definición que dan ambas normas a lo que es la posición dominante es acorde con la práctica internacional en la materia (31).

La ley 27.442 define la posición de dominio como la situación de un agente que no enfrenta competencia o competencia sustancial

(24) Dec. 2153 de 1995. Art. 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia.

(25) MIRANDA, Alfonso, "La regla de la razón y la regla *per se* en el derecho colombiano", Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), 2017. Véase: https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razoc8In_2017.pdf, p. 10.

(26) MIRANDA, Alfonso, "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados", *Revista Contexto*, nro. 3, Universidad Externado de Colombia, 2012, véase: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>. Consultado el 1/8/2018.

(27) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Cárteles intrínsecamente nocivos y cooperación voluntaria*, 2002, WT/WGTCP/W/200, p. 1.

(28) OECD & BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia*, 2009. Véase: <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>, p. 63.

(29) OECD, *Glossary of Statistical Terms*. Disponible en: <https://stats.oecd.org/glossary/>.

(30) VATIERO, Massimiliano, *Power in the market: on the dominant position*, 2006. Véase: ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf. Consultado el 2/8/2018.

(31) OECD & BID, *Derecho y política...*, cit., p. 63.

en un mercado determinado, y enuncia como criterios para determinar la existencia de esta, el grado de sustituibilidad del bien o servicio ofrecido, las barreras de entrada al mercado y el poder del agente para influir unilateralmente en el precio o la cantidad ofrecida, en relación con capacidad de respuesta que tengan los competidores ante sus decisiones. Esta definición está en la misma línea de la que hace la norma colombiana, que define la posición de dominio como “[l]a posibilidad de determinar; directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” (32), y con el desarrollo que la SIC le ha dado a tal definición (33).

La diferencia radica en que, como con los acuerdos, el régimen colombiano trae una lista de conductas que se presumen *per se* cómo abusivas (34), de forma que una vez quede demostrada la posición de dominio, basta con que la Autoridad compruebe que el agente ejecutó alguno de los actos proscritos para que haya una sanción por abuso de la posición dominante, excluyéndose cualquier análisis económico sobre la conducta. En el Régimen argentino, en cambio, el que haya abuso o no, se define según las circunstancias particulares del caso y la posible afectación que genere la conducta en la libre competencia, lo que resulta conveniente dado que el análisis de los casos de abuso varía en atención a las características del mercado en concreto, y exige necesariamente un análisis económico de los efectos de la conducta que se analiza. En consecuencia, en muchas jurisdicciones es la regla de la razón el criterio principal de aproximación a los casos de abuso de posición de dominio (35).

Como siguiente punto, vale la pena hacer mención de otro tipo de conducta que sanciona el régimen colombiano: los actos anticompetitivos. Estos están listados en el art. 48 del dec. 2153, y también están cubiertos por una presunción de ilegalidad. Dichos actos son: 1) infringir las normas sobre publicidad contenidas

en el estatuto del consumidor; 2) instar a una empresa a que incremente sus precios o a que desista de bajarlos; y 3) negarse a vender o prestar un servicio a otra empresa o discriminarla como acto de retaliación por su política de precios.

No existe la figura de actos *per se* anticompetitivos en la ley argentina, en la que, si bien hay una lista de actos que pueden ser considerados como anticompetitivos, la sanción no se da en razón de una presunción, sino como el resultado de un análisis propio de la *Regla de la razón*. Esto nos lleva a analizar como punto final las cláusulas generales de prohibición de ambas leyes, en las que se condensa la tendencia de cada régimen a la regla de la razón o *per se* cómo criterio preponderante, tal como hemos ido advirtiendo a través del análisis de las conductas específicas.

En el régimen colombiano, la *Regla de la razón* solo tiene cabida con la aplicación de la cláusula general de prohibición (36). Dicha cláusula, consagrada en el art. 1º de ley 155 de 1959 (37), permite sancionar aquellas conductas que, siendo anticompetitivas, no están señaladas expresamente como acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos o abusivos de posición de dominio (38). Así pues, cuando la autoridad colombiana va a sancionar una con-

(36) MIRANDA, Alfonso, “La regla de la razón...”, cit., ps. 11-12.

(37) Ley 155 de 1956. Art. 1º: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

(38) “En ese orden de ideas, la prohibición general del art. 1º de la ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el dec. 2153 de 1992 (que el decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el dec. 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el dec. 2153 de 1992”. Superintendencia de Industria y Comercio, res. 53.403 del 3/9/2013.

(32) Dec. 2153 de 1992. Art. 45, numeral 5.

(33) Ver resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio 4285 de 2002; 30.835 de 2004; 17.806 de 2006, entre otras.

(34) Dec. 2153 de 1992.

(35) OECD & BID, *Derecho y política...*, cit., p. 64.

ducta, intentará primero aproximarse a través del catálogo de presunciones que trae la ley y subsidiariamente echará mano de la prohibición general que opera de manera autónoma.

En el caso argentino, la lista de conductas que se presumen como anticompetitivas se limita a los acuerdos intrínsecamente anticompetitivos. El otro listado de conductas que contiene la ley en su art. 3° de la ley 27.442 no funciona a modo de presunción, pues se establece que estas constituyen prácticas restrictivas de la competencia solo en la medida en que se configure la hipótesis del art. 1°; es decir de la Cláusula general.

La cláusula general establece que están prohibidos los acuerdos, contrataciones, actos o conductas:

“[q]ue tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan un abuso de una posición dominante en un mercado, *de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*”.

De manera que los acuerdos y conductas listados en el art. 3° solo podrán ser sancionados cuando se cumpla el supuesto de la cláusula de prohibición general, que exige que la conducta constituya un daño en el interés económico. Para llegar a esta conclusión, necesariamente la autoridad tendrá que evaluar económicamente la naturaleza, el propósito y el efecto de la conducta y hacer una ponderación entre las eficiencias y las restricciones que se derivan del acto o acuerdo.

Así pues, mientras en el régimen colombiano la aplicación de la cláusula de prohibición general, que es donde hay un análisis económico de la conducta a sancionar, tiene un rol subsidiario de cara a las conductas consideradas *per se* anticompetitivas, la cláusula de prohibición general del Régimen argentino tiene una aplicación transversal a la mayoría de conductas listadas como anticompetitivas, lo que exige que además comprobar el supuesto de la norma, la Autoridad haga un juicio de conveniencia fundado en razones de mercado.

Esta situación de rigidez del régimen colombiano de prácticas restrictivas generó que

la Superintendencia de Industria y Comercio empezara a construir una doctrina a través de sus decisiones, que le permitiera valorar acuerdos considerados *prima facie* anticompetitivos, para determinar su legalidad con base en un juicio de eficiencia(39). Piénsese, por ejemplo, en la fijación de precios de reventa por parte del productor a distribuidores o en las asignaciones de zonas por parte del productor para controlar la competencia entre sus propios distribuidores en una misma área: ambos acuerdos serían sancionados por ser *per se* competitivos.

En un reciente fallo, la SIC estableció que:

Tradicionalmente, la SIC ha considerado que los acuerdos verticales son por sí mismo ilegales al tener por objeto la restricción de la competencia en un mercado relevante. Esta posición debe ser revisada considerando los reales efectos económicos que pueden producir los acuerdos verticales sobre la competencia.

(...)

[e]l carácter anticompetitivo o procompetitivo de un acuerdo vertical depende de las circunstancias en que han sido formados, de sus efectos, y de si los investigados logran demostrar que existen razones de eficiencia suficientes para celebrarlos para compensar el potencial efecto restrictivo en el mercado(40).

Así, mientras en Colombia ha sido la SIC quien ha tenido que abrir el espacio para evitar que la aplicación rígida de la norma termine en contravía de los propios intereses que protege, la ley 27.442 no solo habilita a la Autoridad argentina para evaluar el impacto económico de la conducta a sancionar, sino que le impone la carga de hacerlo.

En conclusión, el régimen de prácticas restrictivas que trae la nueva ley argentina de com-

(39) SERRANO Felipe, “¿Existe en Colombia una excepción de eficiencia para las investigaciones por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia?”, *Revista Derecho de la Competencia*. Bogotá, vol. 11, Colombia, 2015, ps. 221-247 y 230.

(40) Superintendencia de Industria y Comercio, res. 76.724 del 16/12/2014.

petencia tiene una tendencia hacia la *Regla de la razón* como criterio principal de aproximación a las conductas, lo que puede resultar conveniente en aquellos casos en que las características del mercado exijan un análisis al que no da lugar un sistema poco flexible y con muchas presunciones de ley de lo que es anti-competitivo, que es la tendencia del Régimen colombiano. Dicho esto, es importante que la Autoridad de competencia argentina haga un trabajo juicioso y disciplinado, para evitar que el margen de apreciación que le otorga la ley no devenga en un grado injustificado de inseguridad jurídica para los actores que intervienen en el mercado.

V. Programa de clemencia

Otro tema que vale la pena resaltar es el Programa de Clemencia, contemplado en el Capítulo VIII de la Ley de Defensa de la Competencia. Esta es una herramienta que, en la actualidad, es aplicada por un gran número de jurisdicciones para la detección de acuerdos anticompetitivos(41). Ello en razón a que los beneficios que resultan del mismo están direccionados a la efectividad en la detección y sanción de los cárteles empresariales, que llevan de suyo el que los agentes miembros del cártel inviertan grandes esfuerzos y recursos en aras de ocultar su actividad anticompetitiva. Lo cual genera, entre otras razones, que en promedio aumenten en un 30% el valor de un producto en el mercado (42).

Así, el programa de delación o *beneficios por colaboración* (llamado así en la legislación colombiana) se erige como una figura que busca otorgar beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta anticompetitiva, siempre que le informen a la autoridad de competencia y colaboren con la entrega de información y pruebas pertinen-

tes(43). Por ende, este programa se entiende como un esquema de incentivos dirigido a los miembros de los cárteles, para que estos confiesen su participación en el mismo. Siendo los incentivos la exención o la reducción de una parte de la multa, beneficiando, usualmente, en mayor proporción a quien decida dar el primer paso. Como resultado, el esquema termina dirigido a los potenciales miembros de un cártel que, gracias al elemento de inestabilidad que introduce el esquema a los acuerdos, terminan disuadidos de hacer parte del mismo.

En Colombia, esta figura fue consagrada con la expedición de la ley 1340 de 2009, y de la lectura de la exposición de motivos de dicha ley se desprende que el objetivo de esta figura era ser un instrumento efectivo para descubrir conductas anticompetitivas, ahorrar costos y tiempo en investigaciones y lograr que los mismos agentes que las cometían otorgaran toda la información existente. Asimismo, se buscaba que los delatores, su identidad y las pruebas que aportaran en el marco de este programa fueran reservados, hasta que la Superintendencia de Industria y Comercio decidiera sobre la infracción y la correspondiente consecuencia(44).

En el 2016 la SIC impuso sanciones a las empresas Kimberly, Familia, Papeles Nacionales y C. Y P. del R., por haber incurrido durante trece (13) años en una conducta concertada, continuada y coordinada para fijar artificialmente el precio de los papeles suaves en Colombia. Durante la investigación, la autoridad de competencia contó con la colaboración de las empresas antes mencionadas, quienes como delatores confesaron su participación en el cártel y aportaron información valiosa para determinar la existencia y los efectos del acuerdo anticompetitivo(45). Por ende, gracias al Programa de

(41) Superintendencia de Industria y Comercio, res. 43.218 del 28/6/2016. “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”.

(42) ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT — OECD — (s.f), *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecution-and-law-enforcement/38835329.pdf>.

(43) Ley 1340 del 24/7/2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Congreso de la República de Colombia. Art. 14.

(44) Exposición de Motivos del Proyecto de ley 1340 de 2009 “por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”.

(45) Superintendencia de Industria y Comercio, res. 31.739 del 26/5/2016. *Por la cual se imponen sanciones por infracciones del régimen de protección de la com-*

Beneficios por Colaboración, fue posible iniciar investigaciones de dicho cártel y del cártel de los pañales (46), donde los delatores se beneficiaron desde un 10% hasta un 100% de la reducción de la multa, dependiendo del momento en que se acogieron al programa y de su nivel de colaboración.

No obstante, de todas las actuaciones administrativas iniciadas entre 2000 y 2016 por infracciones del régimen de libre competencia económica, el 65% (47) fueron culminadas con el archivo luego de la averiguación preliminar. Aunque dicha cifra no está delimitada exclusivamente a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, sí sirve como una cifra aproximativa del número de posibles cárteles que no son sancionados por la falta de pruebas.

Adicionalmente, el acuerdo restrictivo de la competencia relativo a los acuerdos *que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas* (48) también enfrenta dificultades en la actualidad. Lo anterior, en razón a que a partir de la expedición de la ley 1474 de 2011 los acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de selección son un delito que sanciona con la privación de la libertad, multa e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Frente al programa de la Delación en los acuerdos colusorios en licitaciones, el parágrafo del art. 27 de la mencionada ley hace referencia a que el agente que mediante resolución

petencia y se adoptan otras determinaciones. Véase: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_31739_KIMBERLY_FAMILIA_PAPELES_NACIONALES_26_MAY_2016.pdf.

(46) Superintendencia de Industria y Comercio, res. 43.218 del 28/6/2016. *Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones. Véase: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/RESOLUCION%20No%2043218%20-%20PUBLICA.pdf>.*

(47) Superintendencia de Industria y Comercio. Consulta Rad.: 17-14473-2-0 del 31/1/2017.

(48) Dec. 2153 de 1992. *Por la cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.* Numeral 9 del art. 47.

en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en un proceso de contratación pública, obtendrá como beneficio la reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

A pesar de que la intención de la ley 1474 de 2011 fue la de aumentar el nivel de disuasión en la realización de acuerdos colusorios entre oferentes en procesos de selección; en realidad, como consecuencia de su tipificación, los infractores de las normas de la libre competencia pueden verse desincentivados para intentar ser beneficiarios de la Delación. Ello, en razón a que para cumplir con los requisitos legales, deben entregar toda la información y pruebas que posteriormente serán utilizadas por la Fiscalía General de la Nación.

Así frente al caso colombiano, ha de reconocerse que aún nos falta llevar a cabo acciones que propendan por corregir las falencias que esta figura ostenta en la actualidad, y que le impiden materializar los objetivos que la misma persigue. Pues bien, la ley 27.442 plantea una alternativa interesante y viable para hacer de la Delación un instrumento efectivo para descubrir conductas anticompetitivas en Colombia. Lo anterior en razón a que la ley consagra que *las personas que se acojan al beneficio del programa de clemencia (...) quedarán exentas de las sanciones previstas en los arts. 300 y 309 del Cód. Penal y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas.* Dicho de ese modo, se protegen o blindan las decisiones adoptadas y la información suministrada en el marco de los procesos de delación, frente a posibles procesos penales por la comisión de conductas delictivas.

VI. Autoridad de competencia

La constitución de una autoridad única de competencia como la Autoridad Nacional de Competencia, a quien la ley 27.442 designa como organismo descentralizado y autárquico para aplicar y controlar el cumplimiento de la ley, es fundamental en la protección y promoción de la competencia.

La expedición de la ley 1340 de 2009 en Colombia permitió superar dos problemas que afectaban la efectividad del régimen: la competencia para adelantar los procesos por prácticas restrictivas e integraciones empresariales estaba dispersa en varias entidades, y las multas que podían derivarse de la transgresión de las normas eran irrisorias (49). A partir de la mencionada ley, la Superintendencia de Industria y Comercio se constituyó como la autoridad única de competencia en todos los sectores, con algunas excepciones específicas en materia de integraciones empresariales; y hubo un incremento sustancial en el umbral de las multas aplicables, lo que aumentó el efecto disuasorio de estas.

Así pues, la constitución de la Autoridad Nacional de Competencia con el pleno de facultades que le otorga la nueva ley, y la posibilidad de imponer multas elevadas a los infractores, constituye una herramienta importante para hacer efectivos los presupuestos de la norma.

VII. Consideraciones finales

Como se ha destacado a lo largo del texto, la normativa que hace parte de la política de competencia se constituye como un mecanismo de intervención en fenómenos que afectan la libre competencia, en aras de garantizar la interacción de los agentes económicos en condiciones de libre mercado, pero también, lo hacen con el ánimo de proveer incentivos al proceso

competitivo. Por ende, estas normas pueden tomar diversas y variadas estructuras que, a pesar de poner límites a la forma como pueden competir las empresas en el mercado, pueden eventualmente regular de forma preventiva, entregando incentivos o adoptando una función sancionatoria, o simplemente enfocándose en mercados que presenten condiciones particulares.

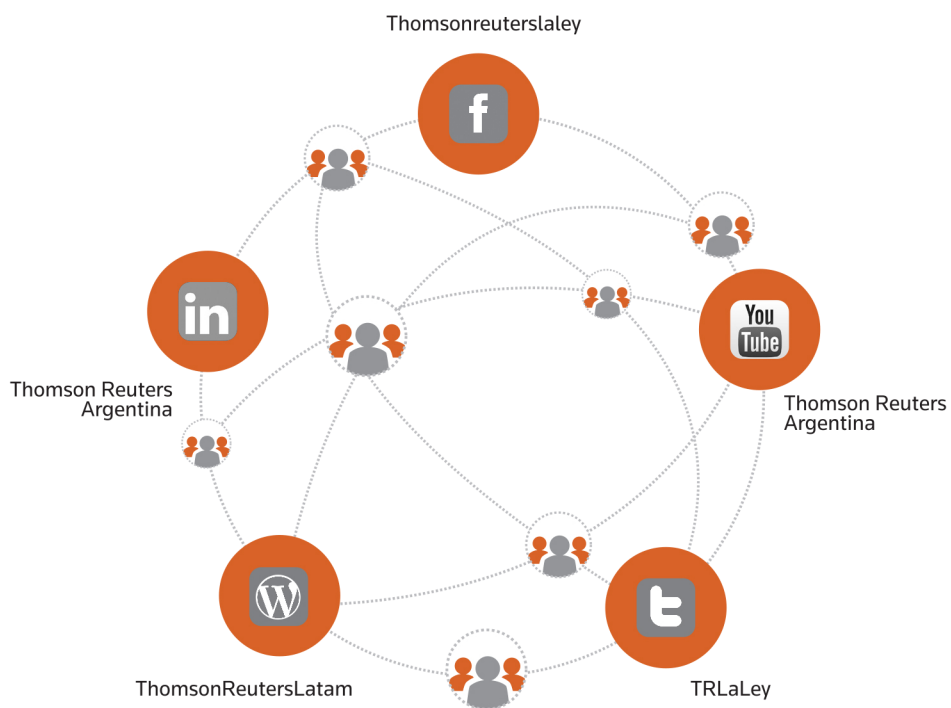
Una vista desde la experiencia colombiana a la reciente ley 27.442, permite valorar de forma positiva las medidas que esta consagra para la protección y la promoción de la competencia. Es valioso que la ley construya el régimen de prácticas restrictivas de la competencia con consciencia de la teoría del daño, y permita a la Autoridad Nacional de Competencia sancionar con base en un juicio de eficiencia. Así mismo, el sistema de clemencia cuenta con un diseño que otorga incentivos efectivos a los potenciales miembros del cártel para generar la desestabilización del mismo y obtener información que facilite el proceso sancionatorio. Finalmente, la constitución de una autoridad de competencia independiente, con plenas facultades para investigar y sancionar posibles violaciones a la ley, garantiza una aplicación efectiva de las medidas que esta prevé.

En suma, como se ha expuesto a lo largo del texto, la nueva ley constituye un moderno mecanismo para garantizar el proceso competitivo y maximizar el bienestar de competidores y consumidores, que enriquecerá el diálogo y la construcción de una política de competencia más sólida en la región.

(49) OECD & BID, *Derecho y política...*, cit.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2018
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO EN:
www.tiendatr.com.ar



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE: 0810-222-5253

www.thomsonreuters.com.ar



THOMSON REUTERS

