



EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS DEL DERECHO
Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

ARGENTINA

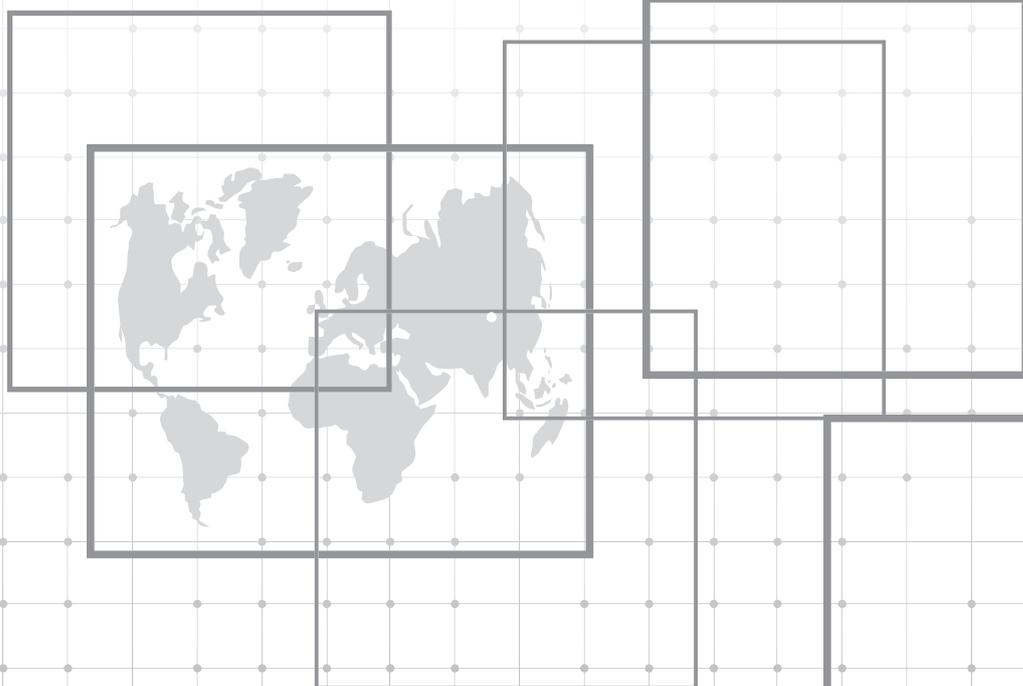




CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS
DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

ARGENTINA



© 2017, Naciones Unidas

Esta obra es de acceso libre al cumplir los requisitos de la licencia Creative Commons creada para las organizaciones intergubernamentales, disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

Los resultados, interpretaciones y conclusiones expresados en este documento son los del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de las Naciones Unidas, sus funcionarios o los Estados Miembros.

Las denominaciones empleadas en esta obra y la forma en que aparecen presentados los datos en cualquier mapa no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Se autorizan las fotocopias y reproducciones de extractos con los créditos correspondientes.

La presente publicación no fue objeto de revisión editorial.

Publicación de las Naciones Unidas preparada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

UNCTAD/DITC/CLP/2017/1

AGRADECIMIENTOS

Los exámenes voluntarios entre homólogos sobre el derecho y la política de la competencia se llevan a cabo en las reuniones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia y en las Conferencias Interministeriales de las Naciones Unidas encargadas de examinar el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas. La preparación sustantiva se lleva a cabo por la Unidad de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD, bajo la dirección de Teresa Moreira, Directora de la Subdivisión de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor, en la División del Comercio Internacional de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos.

Este informe fue preparado para la UNCTAD por Luis Berenguer Fuster, abogado y miembro del Grupo Asesor de Expertos del programa de Competencia y Protección del Consumidor en América Latina (COMPAL). El apoyo sustantivo y la revisión del informe estuvieron a cargo de Juan Luis Crucelegui, Arnau Izaguerri y Valentina Rivas.

La UNCTAD desea agradecer la ayuda de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Argentina, cuya contribución a este informe ha sido determinante, así como a todas las personas y representantes de diferentes instituciones públicas y privadas que fueron entrevistados.

NOTA

La UNCTAD es el centro de coordinación, dentro de la Secretaría de las Naciones Unidas, para todas las cuestiones relacionadas con la política de competencia. La UNCTAD tiene por objetivo promover la comprensión de la naturaleza del derecho y la política de la competencia y su contribución al desarrollo y la creación de un entorno favorable para el funcionamiento eficiente de los mercados. La labor de la UNCTAD se lleva a cabo a través de las deliberaciones intergubernamentales, las actividades de formación, el asesoramiento sobre políticas, y la investigación y el análisis sobre la relación entre la política y el desarrollo de la competencia.

El examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia organizado por la UNCTAD se enmarca en el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas (el "Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas") convenido multilateralmente, aprobado por la Asamblea General en 1980. Con dicho Conjunto se pretende, entre otras cosas, ayudar a los países en desarrollo a aprobar y aplicar leyes y políticas eficaces de defensa de la competencia que se adapten a sus necesidades de desarrollo y su situación económica.

ÍNDICE

1.	Contexto y antecedentes	7
1.1	Contexto económico de la Argentina.....	7
1.2	Antecedentes de la Ley de Defensa de la Competencia actual	7
2.	Regulación actual de la Ley de Defensa de la Competencia.....	9
2.1	Acuerdos y prácticas anticompetitivas.....	9
2.2	Control de concentraciones económicas.....	11
2.3	El procedimiento en materia de conductas: El procedimiento administrativo como normativa supletoria	14
2.4	Tribunal de Defensa de la Competencia.....	14
2.5	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.....	15
2.6	Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia	16
2.7	La Autoridad de Aplicación	17
2.8	El procedimiento de control de comportamientos.....	17
2.9	Sanciones.....	19
2.10	La apelación judicial	20
2.11	Promoción de la competencia	20
3.	Comentario a los asuntos más relevantes.....	21
3.1	Acuerdos horizontales.....	21
3.2	Acuerdos verticales.....	23
3.3	Abuso de posición dominante	24
3.4	Concentraciones económicas.....	26
3.5	Promoción de la competencia	31
4.	Nuevo impulso a la política de la competencia (proyectos de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia).....	32
5.	Situación actual	43
6.	Conclusiones	44

1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

1.1 Contexto económico de la Argentina

Situada en el extremo sur del continente americano, la Argentina es el octavo país más grande del mundo y el segundo de América Latina en términos de superficie, con 2.8 millones de km². Asimismo, con una población de 43 millones, es el tercer país más poblado de América Latina, encontrándose la mayor parte de dicha población en Buenos Aires.

A pesar de los problemas económicos que han ido sucediéndose a lo largo de los años, la Argentina sigue jugando un papel importante en la economía global, sobre todo por su producción agrícola, basada principalmente en la producción de cereales, cítricos, té y productos frutícolas como la uva, representando alrededor del 10,5% del producto interior bruto (PIB) del país. Siendo un país con abundantes recursos naturales en agricultura y energía, la Argentina despunta en la producción de alimentos, además de ser el cuarto productor de petróleo y el tercer productor de gas en América Latina. El sector industrial, por su parte, que emplea a casi un cuarto de la población laboral, destaca por la preparación industrial de alimentos, la molinería, el sector automovilístico, el sector textil, las actividades químicas, petroquímicas y metalúrgicas. Por último, el sector terciario se basa principalmente en el desarrollo de *software*, *call centres*, energía nuclear y turismo. La contribución de estos dos últimos sectores al PIB argentino es de alrededor del 30% y del 60%, respectivamente¹.

Por otro lado, cabe mencionar que, con un PIB de más de 550.000 millones de dólares, la Argentina es una de las economías más grandes de América Latina. La previsión de los expertos en torno a este indicador macroeconómico indica que el PIB irá incrementándose progresivamente, situándose aproximadamente en 12,466 billones de pesos argentinos en 2018 y 14,801 en 2019². En relación con el desempleo, se pronostica que irá disminuyendo cada año, de aproximadamente el 9% en 2016 al 6,8% en 2021³. No obstante lo anterior, el Fondo Monetario Internacional ha previsto en su *Informe de Perspectivas de la Economía Mundial*, que la Argentina tiene “una menor expectativa de crecimiento” a corto plazo debido a que tuvo un

crecimiento menor al esperado en el segundo semestre de 2016.

Es necesario destacar que el derecho de la competencia ha estado presente desde relativamente temprano en el ámbito político y económico argentino. La libre competencia en los mercados y las políticas de libre competencia son los factores que determinan el escenario más adecuado en el que las empresas pueden lograr sus estándares de competitividad, lo que indudablemente afecta a la economía de un país y, en todo caso, a los consumidores, que buscan tomar decisiones libres sin que en el mercado intervengan fuerzas distintas a las propias del mismo, y con información suficiente sobre el precio y la calidad de los productos que se ofertan.

Así, al parecer, la influencia de los Estados Unidos de América provocó que, al menos sobre el papel, desde épocas tempranas, la preocupación por la política de la competencia estuviera presente en el escenario político argentino, desde luego con considerable antelación a que otros países, como los europeos, legislaran sobre la materia.

No obstante todo lo anterior, en los últimos años ha pesado la sospecha de instrumentalización política sobre la política de la competencia, por lo cual en la actualidad existe una necesidad imperiosa de fortalecer la independencia de las autoridades de la competencia para restaurar la credibilidad en su actuación.

El actual Gobierno de la Argentina ha mostrado un gran interés por impulsar la política de la competencia, introduciendo positivos cambios y adoptando iniciativas en ese orden tales como el nombramiento de un nuevo presidente y cuatro vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, la “CNDC” o la “Comisión”) y el inicio de un proceso legislativo que concluirá, previsiblemente, en la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, la “LDC”).

1.2 Antecedentes de la Ley de Defensa de la Competencia actual

La regulación del mercado es un mecanismo de carácter público, que excede el ámbito exclusivamente contractual o el de los usos y costumbres comerciales, para atender a una visión

estructural que se conjuga con otros instrumentos estatales de ordenación. De esta forma, el derecho de la competencia ha sido llevado a la más alta consideración, elevándose su protección a rango constitucional, quedando así plasmado el interés del Estado de proteger contra las distorsiones monopólicas y propiciando el libre acceso al mismo⁴.

La competencia está especialmente protegida en los artículos 42 y 43 de la Constitución de la Argentina⁵, ambos incorporados en 1994⁶, estableciendo expresamente el primero de ellos, el deber por parte del Estado de "defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales o legales", lo cual es perfectamente compatible con la libertad económica y la libre iniciativa privada. En definitiva, de lo que se trata es de asegurar un mercado transparente, en el que el consumidor pueda tener variedad de opciones, y de lograr que el Estado cumpla con esta obligación sancionando normas que contengan unas reglas de juego claras y definidas. Ello se complementa con el artículo 43, que en materia de garantías, contempla la acción de amparo, con el fin de que aquellos que se consideren "perjudicados" puedan hacer valer su derecho ante los tribunales, extendiendo expresamente la protección de la acción a los derechos que protegen la competencia⁷.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, lo que hace que resulte preciso disponer de un sistema que cuente con los instrumentos adecuados que permitan que la toma de decisiones a través de la oferta y la demanda no se encuentre viciado, garantizando el funcionamiento eficaz y transparente del mercado.

Con este fin, a principios del siglo XX, en 1923⁸, y con el objetivo de prohibir ciertas conductas restrictivas de la competencia, se promulgó la Ley 11.210, siendo este el primer precedente de importancia de la legislación en esta materia. Se trata de una ley con un eminente carácter penal, la primera ley que sancionaba los actos tendentes a establecer o sostener un monopolio, que además establecía en uno de sus artículos los llamados "actos de monopolio". Esta ley fue varias veces modificada, pero nunca logró una aplicación afectiva.

Como consecuencia de lo anterior, la misma fue derogada por la Ley 12.960 de 1946, la cual rigió hasta 1980. Esta norma, que mantuvo de la regulación anterior el carácter de delito de los actos que condujeran al desarrollo de los monopolios, recogía una cláusula general de prohibición y una relación de conductas consideradas prohibidas por tender a la creación de monopolios⁹.

En este apartado resulta necesario remitirse a un debate acerca del valor disuasorio de las normas de la competencia, y si este se consigue con normas de carácter penal o bien administrativas. Ese debate sigue vigente en la actualidad, en el seno de organizaciones internacionales. Sin lugar a dudas, criminalizar las conductas anticompetitivas, particularmente los carteles, tendría mayor efecto disuasorio¹⁰, pero ese efecto quedaría compensado, y esta opinión es ampliamente mayoritaria en los países cuyas legislaciones en materia de competencia no están situadas en el campo del derecho penal, por el hecho de que, al exigir la aplicación de las normas penales un mayor estándar probatorio y garantista, buena parte de las conductas que ahora se sancionan como ilícitos administrativos, quedarían sin sanción. Es por ello por lo que no se prevén cambios en la materia en los países que consideran que las infracciones en materia de la competencia constituyen ilícitos administrativos.

La era moderna de aplicación de leyes de defensa de la competencia comenzó en 1980 (en el contexto de la dictadura militar), con la promulgación de la Ley de Facto 22.262. Dicha norma establecía sanciones penales en caso de infracción de las normas de libre competencia y creó un organismo encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de la competencia: la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En buena parte, la falta de aplicación de la legislación de la competencia se debió al carácter penal, por influjo evidente de la legislación estadounidense. No resulta absurdo pensar que una sociedad como la argentina podría mostrarse reacia a considerar como delitos actos que eran considerados como normales en el tráfico mercantil.

Por último, a causa de diversas denuncias por prácticas contrarias a la libre competencia, fue necesaria una nueva norma que se adaptara a la situación del mercado. Según noticias de la época, la aprobación de una nueva ley estuvo fuertemente

motivada en la intención de incluir el control de concentraciones económicas, en el contexto de la adquisición de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) por parte de Repsol¹¹, por lo que la principal novedad de la reforma habría de consistir en la introducción de un control de las operaciones de concentración empresarial. Así, en 1999 entró en vigor la actual Ley de Defensa de la Competencia: la Ley 25.156. Esta norma suprimió las sanciones penales y consideró las infracciones de la competencia como infracciones administrativas al tiempo que introdujo ciertos mecanismos para prevenir las conductas restrictivas de la competencia, tales como realizar un control previo de las concentraciones, tal y como se ha indicado. En este sentido, el control de fusiones y adquisiciones se introdujo con el objeto de prevenir la concentración en los casos en los que se evaluara que el cambio en la estructura de mercado podría derivar en restricciones a la competencia con potencial perjuicio al interés económico general.

Los principales puntos que cubría la redacción original de la Ley 25.156¹² eran la creación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, el "Tribunal") integrado por siete miembros, el cual tendría el objetivo de controlar las concentraciones que realicen los agentes del mercado, el establecimiento de la regulación aplicable a dichas concentraciones y la determinación de las conductas que son restrictivas de la competencia, tanto las derivadas de acuerdos como las que constituyen un abuso de posición dominante¹³.

No obstante, la creación de este Tribunal nunca se llevó a cabo y, en consecuencia, quedó sin efecto con la reforma a la citada ley que tuvo lugar en 2014, a través de la Ley 26.993. Las modificaciones que introdujo esta ley son relativas principalmente a cuestiones administrativas y procedimentales¹⁴. Así, por medio de la Ley 26.993 se dio una nueva redacción al artículo 17 de la ley actual, el cual preveía la creación del citado Tribunal creación que pasaba al olvido, al tiempo que se establecía que sería el Poder Ejecutivo el que determinaría la Autoridad de Aplicación de la ley. Asimismo, se añadió que la citada Autoridad de Aplicación sería asistida por la CNDC y que toda referencia en la ley en relación al Tribunal deberá entenderse como referida a la Autoridad de Aplicación.

Sin embargo, ésta no fue la única modificación que introdujo la Ley 26.993. En relación a las apelaciones, se reduce el plazo de interposición del recurso de 15 días a 10 días hábiles desde la notificación de la resolución, y se establece un sistema solve et repete en caso de recursos contra resoluciones administrativas que impongan sanciones de multa. Este sistema consiste en depositar el importe de la multa a la autoridad que la imponga, requisito sin el cual el recurso será desestimado, salvo que el cumplimiento de dicho requisito suponga un "perjuicio irreparable". Asimismo, se creó un nuevo fuero de apelación a través de la creación de la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo; no obstante, ésta Cámara no llegó a crearse, por lo que ha existido una gran confusión en cuanto al fuero para conocer de las apelaciones en materia de competencia.

2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Para comprender los nuevos retos a los que se enfrenta el Derecho de la Competencia en la Argentina es necesario llevar a cabo un análisis de los distintos aspectos que caracterizan el Derecho de la Competencia de acuerdo con la actual LDC (Ley 25.156). A tales efectos, se pueden distinguir dos grandes bloques de aplicación de las normas de la competencia: por un lado, el *enforcement*, que contempla la sanción de las conductas anticompetitivas (actuación *ex post*); y, por el otro, el control de las operaciones de concentración empresarial (control *ex ante*)¹⁵. Podría añadirse a estos dos bloques un tercero, relativo a la promoción de la competencia que, aunque incluya actuaciones que carezcan de efectos jurídicos inmediatos, tiene gran importancia para extender la cultura de la competencia en la Argentina, así como para ampliar los conocimientos de los mercados y, en buena medida, para aconsejar e influir a los Poderes Públicos para promover normativas favorecedoras de la competencia.

2.1 Acuerdos y prácticas anticompetitivas

El capítulo I de la Ley regula "los acuerdos y prácticas prohibidas", configurándose el primero de sus artículos como el núcleo de todo el

sistema legal anticompetitivo, en el sentido de que contiene una prohibición general donde se fijan los tres parámetros que deben cumplirse –todos ellos, conjuntamente– para sancionar una conducta, esto es, para considerarla anticompetitiva. Ellos son los siguientes¹⁶:

- a) Que se trate de una conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes o de servicios
- b) Que tal conducta pueda distorsionar la competencia, término que engloba la acción de “limitar”, “restringir” y “falsear”, siendo el abuso de la posición dominante, una forma particular de distorsionar la competencia¹⁷
- c) Que la conducta distorsiva pueda resultar perjudicial para el bien jurídico protegido: “el interés económico general”.

Como se puede observar, la legislación argentina no determina prácticas ilegales per se, sino que habrá que atenerse a las circunstancias del caso, aplicando la “regla de la razón”. Por otro lado, no hay una nítida distinción de los acuerdos y acciones concertadas por un lado, y el abuso de la posición dominante por otro, sino que se establece una prohibición general de conductas anticompetitivas, para más adelante, enumerar prácticas específicas que resultan ilegales (estableciendo un *numerus apertus*), siempre y cuando se reúnan las condiciones dadas en el artículo 1. Esta falta de diferenciación entre conductas colusorias y abusivas en el texto legal produce que, en ocasiones, como más adelante se verá, la aplicación de la norma incluya, por ejemplo, una calificación de la conducta que incluye ambos tipos.

Respecto de los acuerdos anticompetitivos, la doctrina y las legislaciones tradicionalmente¹⁸ los ha clasificado en acuerdos horizontales, acuerdos verticales y abusos de posición dominante.

Acuerdos horizontales

Los acuerdos horizontales son los que se producen entre empresas competidoras que participan produciendo o intercambiando iguales o similares productos en un mismo mercado geográfico, y acuerdan fundamentalmente en forma directa o indirecta: a) establecer los precios; b) repartirse el mercado; y/o c) excluir actuales o potenciales

competidores¹⁹. Se trata de las conductas más dañinas para el funcionamiento competitivo del mercado.

Como ya se ha dicho, un acuerdo no es colusorio en sí mismo, sino únicamente en la medida en que se configuren los supuestos del artículo 1 de la LDC; sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a considerar ilegales determinadas prácticas de colusión explícita por considerar la conducta antijurídica suficientemente probada. El fundamento ha sido que, en tanto en cuanto el acuerdo tiene por objeto o efecto incrementar los precios o limitar las cantidades ofrecidas, el daño al interés económico general puede ser claramente inferido²⁰, es decir, lo han sancionado, sin esgrimir argumentos respecto a si el interés económico general podía o no haberse visto afectado. Un claro ejemplo de ello son los carteles, que constituyen la infracción de las normas de la competencia de mayor gravedad para el interés económico general, por cuanto supone no sólo un ataque a la eficiencia de las empresas, que no se ven obligadas a innovar y a ofrecer buenos productos o servicios a precios razonables al no verse presionadas por los competidores con quienes se cartelizan, sino también a los consumidores, que se ven obligados a pagar precios más altos a la vez que tienen menores posibilidades de adquirir una mayor variedad y calidad de bienes y servicios.

Por otra parte, dentro de los acuerdos de carácter horizontal se encuentran las decisiones y recomendaciones de los entes colectivos que incluyen en su seno a competidores entre sí, tales como las asociaciones empresariales, los colegios profesionales o las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales son acuerdos realizados entre empresas que se encuentran en diferentes niveles del proceso productivo o de distribución, si bien la doctrina en la Argentina tiende a no considerar ilícitos estos acuerdos si no fortalecen una posición de dominio o no facilitan acuerdos horizontales. Los acuerdos verticales incluyen la fijación de precios de reventa y otras restricciones que afecten las ventas a terceros, incluyendo límites de volumen de ventas y margen de beneficios de terceros, discriminación de precios y ventas atadas.

Por el contrario, de acuerdo con la corriente mayoritaria en otros países, no es necesario que los acuerdos verticales estén encaminados a crear o consolidar una posición de dominio, sino que basta que tengan por objeto o efectos restringir la competencia. Es muy amplia la literatura²¹ internacional sobre la materia, particularmente europea, que analiza las distintas formas de distribución restringida (particularmente la distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicias) como formas de limitar la competencia, las que, salvo que cumplan ciertos requisitos, pueden considerarse anticompetitivas.

Abusos de posición dominante

Por otro lado, en lo que al abuso de la posición dominante se refiere, constituye otro concepto utilizado por la LDC para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que se consideran anticompetitivas. Para que exista "abuso", se requiere previamente que una persona, ya sea física o jurídica, tenga una posición de predominio en un mercado determinado, y que esa empresa se valga de dicha posición de dominio para afectar la competencia, excluyendo a un competidor, dificultando su ingreso en el mercado o bien imponiendo condiciones abusivas. Pero la posición de dominio no se extiende a la totalidad del mercado, sino que se refiere a un mercado relevante, previamente delimitado tanto desde el punto de vista del producto como geográfico. Podemos distinguir los abusos explotativos y los exclusionarios, y en la práctica argentina se han perseguido ambos, como se comentará más adelante²².

Comúnmente, el abuso de posición dominante se ha interpretado como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la "monopolización" de un mercado o los intentos de monopolización, que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio²³

Como comentario general referido a la práctica de la CNDC en la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia, se puede señalar la demora por parte de la Comisión para analizar los expedientes sobre infracciones, cuya duración con frecuencia supera los cinco años hasta su conclusión. Sin embargo, conviene destacar que

a partir de 2016 se ha observado una significativa disminución del tiempo de tramitación de los expedientes, de forma que se ha reducido en 24 meses la duración media de tramitación de expedientes en los que se investiga la presunta comisión de conductas anticompetitivas. Por otro lado, se ha incrementado considerablemente los trabajos de la Comisión, de modo que durante el año 2016 se triplicó la cantidad de dictámenes emitidos por la CNDC con respecto al promedio de los últimos ocho años (período 2007-2015), pasando de un promedio de 33 dictámenes por año (promedio 2007-2015) a 97 dictámenes emitidos solo durante 2016.

2.2 Control de concentraciones económicas

Una de las funciones más importantes, aunque no esté prevista en todas las legislaciones en la materia, es la relativa al control de las operaciones de concentración empresarial. Este control está regulado en la legislación argentina a partir de 1999. Para evitar los efectos nocivos en el funcionamiento del mercado que se producen por el aumento de poder de mercado de los operadores, se ha optado por establecer determinados mecanismos preventivos (*ex ante*), como el control previo para algunas concentraciones. De esta forma, su análisis de aprobación o prohibición se ha basado en el hecho de que, como consecuencia de una concentración se pueda producir una situación en la que la competencia quede afectada de forma sustancial, bien porque se cree o se refuerce una posición dominante, bien porque se faciliten los efectos de cooperación o coordinación entre los competidores, ya sea dentro de un determinado mercado relevante o en mercados conexos.

De acuerdo con el artículo 6 LDC, existe concentración económica cuando una empresa toma el control de otra empresa o ejerce sobre la misma una influencia sustancial²⁴ o determinante, de forma duradera²⁵, siendo que "control" implica "poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social"²⁶. En este sentido, la Ley distingue cuatro actos que implican toma de control, a saber:

- 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 misma
- d) La transferencia de activos de una empresa o que le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria²⁷.

En consecuencia, la idea dominante en la concentración no se limita sólo a los supuestos de agrupación societaria o contractual clásica (fusión) sino que la idea esencial para considerar que existe concentración consiste en determinar si existe toma de control, de cualesquiera formas, tales como el dominio de sus activos o influyendo significativamente las decisiones empresariales. Se trata de una idea económica y no jurídica, y por ello, las pautas interpretativas tienen que partir de esa consideración²⁸. Según la interpretación que se ha venido dando a la norma, la constitución de *una joint venture* constituye un supuesto de concentración.

Por otro lado, las concentraciones económicas a las que se refiere la ley pueden ser horizontales, verticales, mixtas o de conglomerado²⁹. Respecto de estas últimas, se trata de acuerdos entre empresas que operan en mercados no vinculados entre sí, por lo que entre las empresas involucradas no existen relaciones horizontales ni verticales. Lo cierto es que mediante este tipo de operaciones es más difícil que se evidencie una afectación adversa a la competencia, por lo que sólo se considerará que son potencialmente perjudiciales en aquellos casos en los que se demuestre que, de no haber existido la concentración, una de las empresas involucradas habría ingresado como competidora al mercado relevante en el que operan las restantes empresas involucradas³⁰.

La sanción de la Ley 25.156 en 1999 trajo consigo una innovación fundamental en el esquema competitivo: la prohibición de las concentraciones que puedan afectar la competencia con posibilidad de perjuicio al interés económico general y la obligación de notificar previamente los actos

de concentración, o en el plazo de una semana desde la consecución del acuerdo.

Así, complementando el citado artículo 6 LDC, la normativa competitiva (en su artículo 7) señala que se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

A este respecto, resulta esencial tener una definición clara de "interés económico general". En los años que lleva vigente la Ley de Defensa de la Competencia, tanto la Comisión, como los distintos tribunales, han mantenido una cierta uniformidad de criterio (que parece haberse quebrado en los últimos tiempos), aun cuando no puede decirse que haya habido un rico desarrollo del concepto. Así, podemos resaltar que el daño al interés económico general se produce cuando hay una disminución del bienestar social, lo cual está íntimamente relacionado con el incorrecto funcionamiento del mercado, el llamado "excedente" de los consumidores y de los productores, y la falta de eficiencia económica³¹.

Al disponer el legislador que la prohibición de las concentraciones económicas "pueda" restringir o distorsionar la competencia, habilita a la Autoridad de Aplicación a intervenir antes de que se concreten y tomen una posición significativa del mercado³².

En relación con los umbrales de notificación³³, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 25.156, los actos indicados en el artículo 6, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas³⁴ supere en el país la cantidad de 200.000.000 de pesos³⁵, dichas empresas deberán notificar la operación al Tribunal de Defensa de la Competencia (función que, al no haberse constituido éste, en la práctica lleva a cabo la CNDC), para su examen.

El criterio para determinar si nace o no la obligación de notificar una operación de concentración para su control por la Autoridad de Aplicación, es por tanto, únicamente cuantitativo. Qué se considera "volumen de negocios total" del conjunto de empresas involucradas está suficientemente precisado por el párrafo segundo del referido artículo, y su cálculo se efectúa en base a las ventas

ordinarias de productos y servicios, conforme al último balance de las mismas y previa deducción de los descuentos, el impuesto al valor agregado y otros tales como el de ingresos brutos. Es decir, que debe sumarse la magnitud de los negocios de todas las empresas afectadas, antes del acto jurídico de concentración económica.

Ello se complementa con el inciso e) del artículo 10, que establece como excepción³⁶ a dicha obligación la situación en la que el monto de la operación y el valor de los activos –que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen– situados en la Argentina, no superen, cada uno de ellos, 20.000.000 de pesos (aproximadamente \$EE.UU.1,25 millones)³⁷.

Con independencia de volver posteriormente sobre este comentario, es de señalar que el proceso inflacionario a que se ha visto sometida la economía argentina desde el momento de la promulgación de la ley ha provocado que esa cantidad haya quedado desfasada. Como consecuencia de lo anterior, deben someterse a control operaciones de empresas que, por su dimensión, no tienen aptitud para afectar a la competencia, produciendo para ello importantes gastos (y dilaciones de tiempo) para las empresas, así como el hecho de que la CNDC ha de emplear sus medios y su tiempo en tramitar operaciones de escasa entidad y virtualidad desde la óptica de la competencia.

Respecto del plazo, conforme surge del propio artículo 8 de la ley, las empresas tienen dos vías para notificar: a) previamente a que se produzca la operación; o b) en el plazo de una semana, a contar desde 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. Esta última cuestión viene aclarada en el Decreto Reglamentario 89/2001, al fijar determinadas reglas respecto del inicio del cómputo del plazo. A modo de ejemplo, en el caso de las fusiones entre empresas, comienza a correr el día en que se inscriba el acuerdo definitivo de fusión, conforme lo previsto por el apartado 4 del artículo 83 de la ley 19.550; y en las adquisiciones de la propiedad o 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.

Tal y como hemos adelantado, la CNDC recibe la notificación y es la encargada de su tramitación, estando también facultada para solicitar los requerimientos que considere necesarios en aras de obtener mayor información³⁸. Tras realizar el estudio oportuno, la CNDC emite un dictamen no vinculante en el que comunica sus conclusiones y realiza una recomendación, en la actualidad, al Secretario de Comercio, sobre la autorización, subordinación o denegación de la concentración. En consecuencia, es el Secretario de Comercio el órgano competente³⁹ para autorizar o denegar la operación, quién a su vez puede facultar a la CNDC para efectuar el seguimiento del condicionamiento dispuesto y para dictar las resoluciones necesarias a fin de determinar el contenido de la información objeto del monitoreo. De acuerdo con el artículo 13 de la LDC, la autoridad de competencia tiene un plazo de cuarenta y cinco días para tomar una decisión, que podrá ser: autorizar la operación, subordinar el acto al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas, o denegar la autorización. En caso de que no dictar resolución en dicho plazo, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, produciendo los mismos efectos que se describen a continuación (artículo 14 LDC).

Por último, cabe hacer mención a los efectos de dicha notificación. En las operaciones sujetas a la notificación obligatoria, los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros, una vez producida la aprobación tácita o expresa⁴⁰. En consecuencia, no es de extrañar que sea práctica habitual que los acuerdos de venta o transferencia de activos estén condicionados de forma suspensiva a la aprobación de la operación por la autoridad de competencia⁴¹. La falta de cumplimiento de dicha obligación de notificación conllevará una multa de hasta 1.000.000 de pesos diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica. Igual multa coercitiva podrá imponerse desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención.

Por otra parte, a pesar de los plazos señalados en la ley, la tramitación de los expedientes se alarga considerablemente, por lo que, si los acuerdos se implementan, aun cuando estén sometidos a la

condición suspensiva, un acuerdo de prohibición que conllevara la desconcentración se convierte en sumamente dificultoso⁴².

2.3 El procedimiento en materia de conductas: El procedimiento administrativo como normativa supletoria

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la LDC, se establece como ley supletoria la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, de forma que este esquema reemplaza el anterior procedimiento penal, el cual parecía estar pensado como una protección reforzada hacia los particulares, atendiendo a la potencialidad sancionatoria de la LDC, no obstante lo cual en los hechos no siempre ha prevalecido este criterio protector.

Ésta es una reforma que se ha introducido basada en una cierta coherencia, pues el procedimiento penal tenía difícil encaje para su aplicación por una comisión administrativa y un Secretario de Estado, y, además, lejos de suponer mayores garantías, suponía una severidad mayor, lo cual viene a contraponerse a lo buscado por el legislador⁴³. Se trata de una muestra más de la despenalización del derecho de la competencia y su incorporación al derecho privado patrimonial. Sin embargo, ello ha ocasionado un considerable problema en la medida en la que ha contribuido al alargamiento de los plazos para dictar resoluciones, introduciéndose un informe adicional. En efecto, tras el dictamen de la CNDC y antes de la Resolución del Secretario de Comercio, tanto en conductas como en concentraciones, se introduce un informe de la Dirección Jurídica, lo cual, como es lógico, contribuye a alargar los plazos, por lo que el cambio, aun pareciendo que obedece a la lógica, es objeto de crítica por todos los actores. Por otra parte, ese sometimiento a las reglas del procedimiento administrativo tiene un efecto negativo en la medida en la que supone un retroceso para la autonomía de la CNDC. En efecto, al exigirse un informe de la Dirección Jurídica, casi al mismo nivel que el de la CNDC, el papel determinante de éste, como Autoridad de la Competencia, queda en buena medida devaluado.

2.4 Tribunal de Defensa de la Competencia

En la configuración original de la LDC se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos del país, con el fin de aplicar y velar por el cumplimiento de la ley, con plena jurisdicción sobre todos los temas en materia de competencia y en todos los sectores de la economía. Este Tribunal estaría compuesto por siete miembros, con un mínimo de dos abogados y dos profesionales en ciencias económicas.

Sin embargo, dicho Tribunal nunca se constituyó, por lo que la Ley N° 26.993, promulgada en septiembre de 2014 y denominada "Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo", eliminó la figura del Tribunal y estableció, en el vigente artículo 17 LDC, que sería el Poder Ejecutivo quien determinara la Autoridad de Aplicación de la LDC. Es importante tener en cuenta que esta redacción fue modificada al momento en que esta ley se analizó en el Congreso, ya que la redacción original expresamente establecía que la Secretaría de Comercio sería la Autoridad de Aplicación. Hasta este momento resta ver qué autoridad será designada por el Poder Ejecutivo, sea ésta la Secretaría de Comercio u otro organismo⁴⁴. A este respecto, la Corte Suprema había establecido, a través de dos sentencias⁴⁵, la continuación del sistema regulatorio dual creado por la anterior Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262, según el cual la CNDC, llevaría a cabo revisiones técnicas sobre control de concentraciones económicas e investigaciones y realizaría recomendaciones a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía (en adelante, la "Secretaría de Comercio"), que sería la Autoridad de Aplicación que resolviese.

Resulta evidente que la modificación del precepto contenido en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia supuso, posiblemente, el mayor retroceso en el sistema argentino de defensa de la competencia. La esperanza creada en la creación de un órgano independiente, como el TDC, ajeno al poder político y que pudiera aplicar las normas de la competencia sin estar sometido a la influencia del Poder Ejecutivo, se desvaneció por

completo. A partir del momento en el que la ley suprimió la posibilidad de creación del Tribunal, y atribuyó sus competencias a un órgano del Poder Ejecutivo, se lanzó un mensaje a la comunidad empresarial y económica según el cual las normas de la competencia, y especialmente las decisiones en materia de control de concentraciones, iban a depender exclusivamente de la voluntad política del Poder Ejecutivo.

De esta forma, hasta el momento en el que la constitución del Tribunal tuviera lugar, la Autoridad de Aplicación de la LDC continuó siendo el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, es decir, la prevista en la derogada ley de 1980 y, a partir de 2006 el Secretario de Comercio Interior, bajo el cual se encuentra la CNDC como una dependencia administrativa competente por la materia.

Esto generó dudas respecto de cuál de esas dos autoridades tenía las facultades establecidas en el ya derogado artículo 24⁴⁶ de la citada Ley de Defensa de la Competencia⁴⁷. Ante la falta de Tribunal, el propio Poder Ejecutivo impulsó una reforma en 2014 que concentró todas las decisiones en un único funcionario: el Secretario de Comercio. Como se indicará más adelante, al señalar los avances recientemente obtenidos, la Resolución 190/2016, de 28 de julio, clarifica el problema en tanto en cuanto se delegan en la CNDC determinadas competencias del Secretario de Comercio, como medida transitoria hasta la aprobación de una nueva ley que refuerce la independencia en la aplicación de la legislación de la competencia.

La no constitución del Tribunal y la consolidación como permanente de un régimen transitorio por el que el Secretario de Comercio era la Autoridad de Aplicación de la LDC motivó no pocas críticas, alguna de ellas demoledoras, como la contenida en la sentencia de 1 de febrero de 2010 de la Sala A de la Cámara de lo Penal Económico en el asunto TELCO⁴⁸. Dicha sentencia recayó en un recurso interpuesto contra una resolución del Secretario de Comercio en un expediente de concentraciones económicas por la que se aprobaba con condiciones una operación calificada como tal concentración.

La sentencia consideró que la Resolución recurrida debería anularse por estar llena de arbitrariedad, discrecionalidad y ligereza, ya que vulneraba de forma flagrante los derechos de defensa, al tiempo que incluyó en su pronunciamiento una segunda parte en la que solicitaba que se cursara comunicación al Poder Ejecutivo para que procediera a crear el Tribunal de Defensa de la Competencia. Se fundamentaban estas consideraciones en la necesidad de crear un organismo independiente, que había presidido la creación de tal Tribunal en la ley de 1999, como fórmula para despolitizar la aplicación de las normas de la competencia. Entre sus argumentos contundentes para fundamentar esa consideración se ponía de manifiesto que resultaba escandaloso que, trascurridos más de diez años desde la creación del Tribunal, éste no se hubiese constituido, perpetuando con tal actuación la injerencia política en la aplicación de las normas de defensa de la competencia que, de esta manera, seguían residenciadas en organismos tales como la CNDC y el Secretario de Comercio, es decir, en organismos dependientes del Poder Ejecutivo, que las aplicaban con criterios no técnicos sino mayoritariamente políticos. Consideraba la Cámara que esa forma de actuar, es decir, ignorar la creación de un organismo autónomo e independiente creado por la ley, constituía una forma de aplicar el viejo adagio colonial según el cual "la ley se acata pero no se cumple".

2.5 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

La CNDC es un organismo desconcentrado actualmente dependiente de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción, que fue creado en 1980, mediante la sanción de la Ley 22.262. A pesar de que en los inicios su papel era meramente consultivo, sus facultades han ido ampliándose paulatinamente.

A este respecto, y tal como se ha indicado anteriormente, al no haberse creado el Tribunal de Defensa de la Competencia, los procedimientos y facultades otorgadas a éste por la ley han sido en parte ejercidos por la CNDC, dando lugar a diversos problemas sobre el alcance de las mismas. Por otro lado, destacar que como consecuencia de la no constitución del Tribunal, la Comisión es en la actualidad la única autoridad técnica de

la competencia, por cuanto que la Autoridad de Aplicación, es un órgano político.

Por otro lado, está compuesto por un presidente y por cuatro vocales⁴⁹, los cuales permanecen cuatro años en sus funciones, con posibilidad de renovación de sus cargos. Conviene resaltar a este respecto que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto N° 491 de fecha 12 de marzo de 2002, los miembros de la CNDC, en su condición de personal en el ámbito de la Administración Pública, serán designados por el Poder Ejecutivo. En la práctica, los miembros de la CNDC son nombrados por el Presidente de la Argentina, mediante decreto.

Respecto de sus funciones, podemos destacar tres grandes ámbitos en los que ejerce competencias, a saber:

- a) Revisión técnica, investigación y análisis sobre control de concentraciones económicas, en las que más tarde, y mediante dictamen, realiza recomendaciones al Secretario de Comercio, que es la autoridad competente para resolver. En este sentido, lleva a cabo investigaciones de comportamiento y estructuras en determinados mercados.
- b) Tramitación de la instrucción de sumarios por conductas anticompetitivas, abuso de posición de dominio y cartelización. En este sentido, emite el correspondiente dictamen aconsejando al Secretario de Comercio, entre otros, sobre la imposición de multas.
- c) Promoción de la competencia mediante su participación en seminarios sobre asuntos de defensa de la competencia, en actividades de difusión en universidades, en foros y talleres internacionales, así como colaboración con otras agencias y organismos internacionales.

Realización de estudios en investigaciones de mercado, cuyo objetivo es realizar un diagnóstico de la situación competitiva de un mercado determinado, siendo que dicho estudio de mercado puede derivar en una investigación de mercado y así profundizar en el análisis⁵⁰. En caso de corresponder, una investigación de mercado puede derivar en la elaboración de recomendaciones pro-competitivas o en la apertura de una denuncia por conductas anticompetitivas.

2.6 Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia

El derecho de defensa de la competencia, entre otras cosas, refleja la voluntad del Estado de intervenir en las actividades económicas, a fin de conseguir un mercado competitivo en el que los consumidores puedan adquirir productos de buena calidad y a precios razonables.

No hay duda de que para lograr dicho objetivo, la disuasión juega un rol fundamental a la hora de dictar normas de defensa de la competencia. Las medidas correctivas, desde luego aportan cierto grado de disuasión frente a actuales y potenciales infractores, y más aún cuando, como veremos más adelante, el monto de las mismas se pretende incrementar en el proyecto de reforma de la LDC. Sin embargo, estas medidas correctoras aplicadas por la autoridad de competencia –que responden principalmente al interés general de la sociedad– 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 competencia⁵¹.

Así, independientemente del alcance real del efecto disuasivo de las acciones de daños en defensa de la competencia, no existen dudas respecto de que la ejecución privada de las normas de competencia presenta un factor adicional importante de disuasión en aquellas jurisdicciones en las que se ha presentado un desarrollo importante⁵², además de constituir la única forma de compensar a las víctimas por los daños producidos.

No es competencia de los tribunales nacionales civiles condenar u ordenar la cesación de las conductas contrarias al derecho de la competencia, en defensa del orden público económico, sino que la intervención de la jurisdicción ordinaria se ubica en el ámbito privado, tutelando los intereses económicos particulares que se han visto perjudicados por las conductas que prohíben los artículos 1 a 3 de la LDC. Tales prácticas anticompetitivas producen efectos directos entre los ciudadanos, al mismo tiempo que crean derechos subjetivos, cuya tutela, en las relaciones interprivadas, exige la intervención de los tribunales de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde tutelar los intereses privados protegidos por el efecto directo de

esas normas, no así el interés público en el mantenimiento de la libre competencia, ya que ello es competencia de la autoridad de competencia, y en última instancia, de los tribunales que conocen de los recursos contra sus resoluciones.

En la Argentina, desde la entrada en vigor de la Ley 25.156, se han dado muy pocos casos en los que se ejercieran acciones civiles de reparación de daños y, si bien existieron algunos antecedentes jurisprudenciales⁵³ que pudieron haber constituido un indicio para pensar que se observaría un mayor número de casos en los que se persiguiera la responsabilidad civil por daños anticompetitivos, la realidad es que no ha sido así.

Así, a pesar de que la jurisprudencia ha reconocido de forma expresa la posibilidad de indemnizar y reparar los daños por infracciones a las normas de competencia, y ello ha dejado la puerta abierta a futuros reclamos basados en resoluciones emitidas por la CNDC, la Argentina experimenta un subdesarrollo normativo en la materia⁵⁴.

En opinión de los expertos, este subdesarrollo de la ejecución privada de las normas de derecho de la competencia en la Argentina, se debe en gran medida a que es necesario que se produzcan cambios significativos en el sistema legal aplicable, con el fin de que se creen las condiciones suficientes que permitan que las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos tengan un marco razonable para su desarrollo.

Sería necesario, en consecuencia, modificar el marco normativo con la finalidad de facilitar estas acciones, que no solo favorecerán la posibilidad de que las "víctimas" de las conductas contrarias a la libre competencia puedan verse compensadas, sino que supondrán un elemento disuasorio adicional a la aplicación pública de las normas de la competencia, realizada por organismos administrativos⁵⁵.

2.7 La Autoridad de Aplicación

En el presente informe, se ha citado en varias ocasiones a la llamada "Autoridad de Aplicación", por lo que en este apartado procede dar una aproximación a qué se considera como la autoridad de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en la LDC, que no en pocas ocasiones se ha visto cuestionada en los tribunales⁵⁶.

La CNDC y las distintas secretarías del Ministerio de Economía, han venido desempeñando desde

el año 1999 como Autoridades de Aplicación de la LDC, en función de revestir el carácter de tales bajo la ya derogada Ley 22.262, la Ley 25.156 y el Decreto N° 357/2002⁵⁷. Sin embargo, como ya hemos adelantado, con la sanción de la actual LDC se decide crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo que establecer a dicho Tribunal como la Autoridad de Aplicación. No obstante, atento a la falta de creación del Tribunal en el año 2014, la Ley 26.993, reemplazó el artículo 17 LDC para determinar que "el Poder Ejecutivo nacional determinará la autoridad de aplicación de la presente Ley". En este sentido, el proyecto inicial enviado por el Poder Ejecutivo establecía que la Autoridad de Aplicación sería la Secretaría de Comercio, sin embargo, dicha atribución de competencia fue modificada en sede del Parlamento, quedando la cuestión para ser resuelta por vía de delegación o en oportunidad del dictado de una nueva reglamentación o implementación de la LDC por parte del Poder Ejecutivo⁵⁸.

En ausencia del Tribunal, desde el dictado de la Ley 25.156, tanto la CNDC como el Secretario correspondiente emitieron resoluciones en materia de defensa de la competencia, y como era de esperar, ello conllevó cuestionamientos de competencia de ambos organismos para aplicar la LDC en sede judicial.

Finalmente, en mayo de 2015, el Poder Ejecutivo modificó el anexo II del Decreto 357/2002⁵⁹ en aras de asignar a la Secretaría de Comercio el papel de Autoridad de Aplicación. En consecuencia, se limitan considerablemente las funciones de la CNDC, asignándole tareas operativas, meramente consultivas y administrativas.

A partir de 2016 se ha introducido un significativo cambio en la materia, de modo que, como sistema transitorio hasta la futura reforma de la ley, se ha producido una delegación de ciertas facultades que corresponden al Secretario de Comercio, como Autoridad de Aplicación, en la CNDC⁶⁰.

2.8 El procedimiento de control de comportamientos

Ya hemos tenido ocasión de comentar el procedimiento de control de concentraciones, por lo que aquí interesa analizar el procedimiento de control de comportamientos, es decir, de los actos

o conductas manifestados de cualquier forma, y que tengan por objeto o efectos los mencionados en el artículo 1 de la LDC.

El procedimiento de aplicación de la LDC, regulado en el capítulo VI de la LDC, puede iniciarse tanto de oficio como por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Las infracciones prescriben a los cinco años.

La actual regulación ocasiona determinados problemas relativos a la iniciación, en primer lugar por cuanto que las denuncias deben ser necesariamente tramitadas, no contemplándose un trámite rápido de desestimación de las denuncias que, a simple vista, se refieran a hechos que no son constitutivos de infracción en materia de competencia⁶¹. Por otra parte, la iniciación de oficio corresponde al Secretario de Comercio y no a la CNDC.

En el caso de iniciarse por denuncia, uno de los requisitos que debe contener la misma es una explicación clara de los hechos en los que se funda. Por su parte, en el supuesto de que el procedimiento se inicie de oficio, se contempla el traslado al presunto responsable de la relación de los hechos y la fundamentación que lo motivaron. Igualmente, si la denuncia fuera considerada pertinente, se le dará cita para que brinde las explicaciones que estime que corresponden. Contestada la vista, o vencido el plazo de diez días, la CNDC deberá resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario, de tal forma que si considera satisfactorias las explicaciones, o si concluida la fase de instrucción no existen indicios suficientes para proseguir con el procedimiento, se dispondrá su archivo.

Una vez concluida la instrucción (que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de ciento ochenta días), los presuntos responsables tienen un plazo de 15 días para efectuar su descargo y ofrecer las pruebas sobre las conductas imputadas, que acrediten el cumplimiento de la ley. Concluido el período de prueba, las partes podrán alegar en el plazo de seis días sobre el mérito de la misma, siendo que las decisiones de la CNDC en materia de prueba son irrecurribles. Finalmente, tras la investigación realizada, a la vista de los hechos denunciados y la prueba practicada, la CNDC prepara un dictamen que eleva a la Autoridad de Aplicación –el Secretario de Comercio–, quién

dictará resolución en un plazo máximo de 60 días⁶². Dicha resolución pone fin a la vía administrativa. Un problema surge con los plazos, en la medida que son plazos reglamentarios, cuyo incumplimiento no supone la caducidad del expediente, con lo cual son ampliamente rebasados.

Por otro lado, el artículo 35 de la LDC establece la posibilidad de las partes de solicitar medidas cautelares, con la finalidad de cesar el perjuicio ocasionado por la conducta anticompetitiva o el abuso de la posición dominante: “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”. A este respecto, recordemos que la CNDC y la Secretaría de Comercio son las actuales Autoridades de Aplicación con facultades para analizar y decidir casos vinculados a defensa de la competencia hasta tanto se constituyera el Tribunal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina⁶³ ha reiterado la distinción entre las actividades a cargo de la CNDC y aquellas a cargo de la Secretaría de Comercio, a saber: actividades de investigación y asesoramiento y; actividades resolutorias, respectivamente. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina consideró que dentro de estas últimas se encontrarían las medidas cautelares, por lo cual en varias ocasiones ha revocado una resolución⁶⁴, por incompetencia de la CNDC para dictar medidas cautelares.

Asimismo, conviene destacar que el artículo 36 de la LDC prevé un modo específico de terminación de los expedientes, sin sanción, la terminación convencional. Según dicho precepto, el presunto responsable podrá comprometerse al cese o modificación de la conducta investigada, antes de que se dicte resolución. En el supuesto de ser asumibles y resolver los problemas de competencia que se plantean, podrán ser aprobados por la Autoridad de Aplicación. Si trascurren tres años desde su fecha y durante ese período de tiempo los compromisos efectivamente son cumplidos, se procederá al archivo de las actuaciones.

El procedimiento de los compromisos y terminación convencional constituye una forma específica de terminación de los expedientes que

tiene su razón de ser en la confluencia de dos intereses: a) poner fin de forma inmediata a la conducta anticompetitiva y b) ahorrar los gastos que comporta la tramitación de un expediente, permitiendo que la autoridad de competencia dedique sus esfuerzos a la tramitación de los casos más importantes. La presentación de compromisos no conlleva la aceptación de la culpabilidad de quien los propone, e implica la no imposición de una multa.

Obviamente, por la propia configuración y finalidad del instituto de la terminación convencional, está reservado a los casos de menor afectación al interés económico general⁶⁵. Ahora bien, podría objetarse que el período de aceptación de los compromisos (hasta el momento de dictarse la resolución) es extremadamente dilatado ya que, si uno de los objetivos es precisamente liberar recursos materiales y personales para la investigación de conductas de mayor trascendencia, unos compromisos aceptados cuando la totalidad del expediente ya ha sido tramitado supone que no se cumple ese objetivo. Sin embargo, en la medida en la que no existe un derecho a la terminación convencional que asista a los presuntos responsables, si los compromisos se presentan a última hora, cuando ya se prevé la sanción y en aras a evitarla, la CNMC siempre podrá no proponer ese modo de terminación del expediente, y no aceptarlo la Autoridad de Aplicación.

También interesa destacar que, en este capítulo referido al procedimiento, se prevé la posibilidad de que la CNDC convoque a una audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones, o confiera intervención como parte coadyuvante, en los procedimientos que se sustancien ante la misma, a los afectados por los hechos investigados y a las asociaciones, provincias o toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.

2.9 Sanciones

A continuación del procedimiento, la LDC dedica los artículos 46 y siguientes a regular las sanciones que pueden aplicarse a *“las personas físicas o de existencia ideal”* que no cumplan con las disposiciones de la ley. Así, el primero de los artículos enumera dichas sanciones, a saber:

- a) El cese de los actos o conductas.
- b) Multas de diez mil pesos (\$10.000⁶⁶) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000⁶⁷)⁶⁸.
- c) Cuando se verifiquen actos que constituyan abusos de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de la LDC, la Autoridad de Aplicación puede imponer 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.
- d) Los que no cumplan con las siguientes obligaciones: notificar las concentraciones, realizar el cese o la abstención de la conducta lesiva que ordene la CNDC, en cualquier estado del proceso y el compromiso del investigado de cesar la conducta o variarla se les impondrá una multa de hasta un millón de pesos diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención.

En virtud del artículo 48 de la LDC, cuando una persona jurídica es sancionada “la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hayan contribuido, alentado o permitido la infracción”.

Además, el citado artículo también dispone que la CNDC pueda imponer “una sanción complementaria de inhabilidad para ejercer el comercio de uno a diez años”.

No hay duda de que el fin último de las multas es la prevención, por lo que deben cumplir dos objetivos: castigar y disuadir, sin olvidar el principio de proporcionalidad. El incumplimiento de las normas en materia de competencia resulta rentable si el infractor queda impune o es sancionado levemente, lo cual es patente en el caso de los carteles, donde el incremento de los precios puede llegar a generar grandes

beneficios a las empresas involucradas. En consecuencia, las sanciones han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.

El monto de las sanciones económicas previstas en la legislación argentina de defensa de la competencia es inferior a las establecidas en la normativa de países con mayor desarrollo en la materia, por lo que se trata de un punto de elevada importancia a reformar. Conviene resaltar que dichas sanciones perdieron su poder de disuasión, en gran parte debido al contexto inflacionario y a la devaluación de la moneda en la Argentina, pues al momento de sancionarse la Ley 25.156 la multa máxima equivalía a 150 millones de dólares, pero actualmente su equivalencia ha quedado reducida a 9 millones de dólares. Tendremos ocasión más adelante de comentar la modificación en materia de sanciones prevista en el último proyecto de reforma de la LDC. Por otra parte, existe la posibilidad de imponer sanciones de un potencial gran efecto disuasorio (inhabilitación de directivos, medidas estructurales...), si bien el hecho de que no se vayan a aplicar, en la medida en la que nunca lo han hecho, debilita tal efecto.

2.10 La apelación judicial

La efectividad de la Comisión y de la política de competencia está afectada por la calidad de las instituciones judiciales, que actúan a través de las apelaciones a las decisiones de la Autoridad de Aplicación.

A lo largo de la última década ha existido una discusión en torno a cuál era el tribunal competente para revisar las apelaciones contra las resoluciones emitidas por la Autoridad de Aplicación, y concretamente, de si debería ser la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal o la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, pues ambas han dictado sentencias en cuestiones de Derecho de la Competencia. En algunos casos se generaron conflictos positivos y negativos de competencia entre las diferentes salas de ambas Cámaras.

De esta forma, a la indefinición de la Autoridad de Aplicación durante largos años, se unen las dudas sobre el órgano jurisdiccional competente para

las revisiones de las resoluciones del dictadas en materia de competencia, si es la Cámara Nacional en lo Penal Económico o la Cámara Civil y Comercial Federal del país, si bien la jurisprudencia mayoritaria se inclina por la competencia de este último Tribunal⁶⁹. Para añadir mayor confusión, podría pensarse que la sumisión de las normas de procedimiento a las de procedimiento administrativo podría llevar a la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien no se admitió esa conclusión, en la medida en la que la modificación de las reglas no supuso alteración del fuero.

2.11 Promoción de la competencia

Tenemos ocasión ahora de comentar aquellas actividades que lleva a cabo la autoridad de competencia, y más concretamente, la CNDC, y que están relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, principalmente mediante la relación con otras entidades gubernamentales y el fomento de los beneficios de la competencia. Para ello, la CNDC promueve las relaciones institucionales e internacionales mediante la organización de seminarios sobre cuestiones de defensa de la competencia, actividades de difusión en universidades, cámaras empresarias y otras organizaciones del sector privado. Asimismo, en el ámbito internacional, la CNDC ha participado en foros y talleres internacionales, en pasantías y capacitaciones en otras agencias de competencia, al tiempo que ha colaborado con otras agencias y organismos multilaterales.

A pesar de que estas actividades venían desarrollándose con anterioridad, las reformas llevadas a cabo a partir del año 2016 han acentuado considerablemente su importancia. En efecto, con anterioridad a ese año no existía un área específica, en el seno de la CNDC, encargada de la promoción de la competencia. Pero es en este año 2016 cuando tuvo lugar una importante modificación de la estructura organizativa de primer nivel operativo de la CNDC. El órgano encargado de llevar a cabo dichas actividades es actualmente la Dirección de Promoción de la Competencia, creada en el ámbito de aprobación de la actual estructura organizativa de la CNDC, en virtud de la Decisión Administrativa 759-2016 y la Resolución 614/2016. De esta forma, tal y

como establece el Anexo II de la citada Resolución 614/2016, serán acciones de la Dirección de Promoción de la Competencia, las siguientes:

- e) Promover la competencia, transparencia y eficiencia de los mercados a través del fomento y difusión del marco jurídico, regulatorio e institucional.
- f) Establecer y mantener activas las relaciones institucionales con organismos internacionales, otras agencias de competencia y organizaciones públicas y privadas.
- g) Coordinar la participación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en eventos, reuniones, foros y congresos relacionados a su función.
- h) Analizar la evolución de la doctrina y jurisprudencia internacional en materia de promoción de la competencia.
- i) Elaborar lineamientos de conductas para el sector público y privado que promuevan la competencia en los mercados.

3. COMENTARIO A LOS ASUNTOS MÁS RELEVANTES

En el presente apartado nos referimos al comentario de determinados casos de defensa de la competencia, que han tenido lugar en los últimos años en la Argentina, que se han considerado de relevancia práctica, y que presentan elementos ligados con la cartelización, las relaciones verticales, los abusos de posición dominante y las concentraciones económicas. Finalmente, se hará mención a las actividades relacionadas con la promoción de la competencia.

3.1 Acuerdos horizontales

Cartel del cemento

Aunque se trata de una resolución con cierta antigüedad (2005), la importancia de la misma sigue vigente, en la medida en la que se trata del expediente en el que se impusieron significativas multas a las seis empresas denunciadas (en total \$309.729.289.10, con multas a dos de ellas superiores a los 100 millones de pesos), reducidas por la jurisdicción de la Cámara Nacional Penal Económica en una cantidad insignificante.

Los acuerdos llevados a cabo por cinco empresas cementeras se desarrollaron durante un largo período de tiempo, sin embargo, la sanción no se extendió más que a las prácticas colusivas en los años de vigencia de la Ley de 1980 (1981 - 1999) aun cuando las conductas fueran anteriores a esa fecha y se prolongaran más allá de 1999.

Dado que los acuerdos se formalizaron en el seno de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP), en especial como vehículo de intercambio de información entre competidores (las cinco empresas sancionadas), se la incluyó entre las sancionadas.

La CNDC analizó la información relativa a las cantidades producidas y vendidas por cada empresa en cada región del país, información que AFCP elaboraba y distribuía entre las empresas cementeras. Esa información era considerablemente detallada y podía servir para facilitar la colusión tácita entre las empresas así como para monitorear el cumplimiento de pactos entre ellas.

La Resolución se basó en el comportamiento paralelo de las empresas, referido al mantenimiento de las cuotas de mercado y la coordinación de precios en algunas ciudades, lo cual, unido a la información que se recababa a través de la AFCP, ponía de manifiesto una conducta que podía ser constitutiva de un cartel.

Como puede apreciarse, las pruebas eran de presunciones o circunstanciales, pero al mismo tiempo sirvieron para fundamentar la sanción, en la medida en la que se mantuvieron las cuotas de mercado, había pruebas de ciertas coincidencias de precio, y la información obtenida en el seno de la Asociación era válida para la concertación. Los indicios estaban probados, la colusión era una consecuencia válida de esos indicios y no existía explicación alternativa válida, requisitos todos ellos exigibles en derecho sancionador para aceptar la prueba de presunciones o circunstancial. Por otra parte, se obtuvieron pruebas de represalias a una empresa que se separó de los acuerdos de reparto de mercado, y así como pruebas de algunos concretos acuerdos de precios. En definitiva, la sanción no se basó exclusivamente en el paralelismo de los precios, sino que a éste se sumaron pruebas adicionales.

Una novedad en la práctica de la CNDC se contiene en esta Resolución, y ello abunda en la adecuación de incluirla entre las que merecen ser destacadas, consistente en el sistema utilizado para el cálculo del importe de la multa. La Ley 22.262 establecía una multa máxima exclusivamente de \$529.289, cantidad ésta que sólo podía incrementarse en virtud del beneficio ilícito obtenido por las empresas denunciadas⁷⁰. Hasta la Resolución comentada, el criterio del beneficio ilícito obtenido por la conducta únicamente había sido utilizado en supuestos en los que el cálculo de dicho beneficio ilícito fue posible obtenerlo por medios objetivos. En este caso, en cambio, la CNDC optó por estimar el beneficio mediante una estimación subjetiva según la cual, se consideraba que el beneficio ilícito ascendía al 1% de las ventas del producto durante el período de la conducta⁷¹.

La Resolución del Secretario de Coordinación Técnica, Autoridad de Aplicación de la ley en el momento de la Resolución, fue objeto de recurso. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por sentencia de 26 de agosto de 2008, desestimó el recurso, si bien corrigió levemente el importe de la multa. Por sentencia de 9 de mayo de 2013, la Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

Cartel de automotrices

En el año 2008, dos personas físicas presentaron una denuncia contra determinadas concesionarias de vehículos en la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por una presunta concertación de precios para la venta de vehículos automóviles en dicha provincia.

Tras una primera investigación que se limitó a las concesionarias, la CNDC, en el año 2012, amplió la investigación a trece fabricantes e importadores de vehículos, y continuó el procedimiento hasta proponer a la Autoridad de Aplicación el archivo de las actuaciones respecto a las concesionarias y a cuatro de los fabricantes y/o importadores, y la sanción de los nueve restantes.

Por Resolución de 12 de diciembre de 2014, el Secretario de Comercio, como Autoridad de Aplicación, hizo suyo el Dictamen de la CNDC y sancionó por el importe máximo permitido en

la ley (\$ 150.000.000) a siete fabricantes, y por cantidades algo menores a los dos restantes, por concertar los precios de los vehículos automóviles en el Área Aduanera Especial (AAE).

Según el Dictamen de la CNDC, la conducta atribuida a las imputadas consistía en lo siguiente:

- a) Fijar los precios de los vehículos de algunos modelos kilómetro 0 en el AAE al mismo nivel que en el resto del territorio argentino
- b) No trasladar al precio de los vehículos la exención de impuestos a la importación y otros impuestos
- c) No trasladar los reintegros a la exportación por los componentes fabricados en la Argentina
- d) Limitar la importación de vehículos extra-Mercosur.

Las evidencias para esta conducta consistía en un análisis del paralelismo de las conductas entre los fabricantes o importadores imputados, que producía que los precios fueran superiores en comparación con los existentes en Chile, en una zona igualmente exenta de aranceles, y coincidían con los aplicados en el resto del territorio argentino, que no tenía la citada exención. Pero el caso es que no se había obtenido ninguna prueba adicional de la concertación más allá de presunciones basadas en la estructura del mercado de la automoción. En ese orden de cosas, se señaló que las imputadas tenían una posición de dominio colectiva en porcentajes próximos al 100% del mercado, y que el comportamiento de las empresas era completamente diferente al existente en otras áreas similares de libre comercio.

La Resolución fue objeto de múltiples críticas: en primer lugar, porque los fabricantes e importadores no fueron los denunciados; y, en segundo lugar, porque no se siguió el criterio del paralelismo plus, es decir, que el mero paralelismo de los precios no basta, en ausencia de pruebas adicionales, para probar la concertación. A pesar de que la CNDC consideró que había elementos de prueba adicionales al paralelismo de las conductas, estas consideraciones adicionales no pasaban de ser argumentos relacionados con la estructura del mercado que facilitaba la colusión, pero sin que existieran en el expediente otras pruebas, tales como la existencia de reuniones o de contactos entre los presuntos miembros del cartel.

Contra la sanción de multa las empresas interpusieron recurso de apelación, el cual tramitó ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, que rechazó los planteos de nulidad interpuestos por las recurrentes, se expidió sobre la cuestión de fondo y revocó la Resolución de la Autoridad de Aplicación. Contra estas sentencias, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, el cual se encuentra pendiente de decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia del país.

Cartel de las Gelatinas Medicinales

El Secretario de Comercio, en su Resolución de 4 de diciembre de 2015 incorporó el Dictamen de la CNDC y sancionó a cuatro laboratorios farmacéuticos por la realización de prácticas concertadas en licitaciones convocadas por hospitales públicos desde el año 2005 hasta el año 2007, orquestando falsas condiciones de competencia, en las distintas modalidades de compra del expansor plasmático, en base a gelatinas formuladas para establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados.

El presente procedimiento, cuyo análisis se extendió por un periodo superior a nueve años, se practicaron allanamientos en las sedes de las empresas investigadas, así como en ciertos establecimientos de salud y hospitalarios. Su importancia se debe a la existencia de un hecho particularmente novedoso, por cuanto que se sancionó, con una multa de 200.000 pesos a cada uno, a tres personas físicas representantes de los laboratorios investigados. Evidentemente, además de las cuatro multas de 10 millones de pesos a cada una de las empresas farmacéuticas.

La Resolución fue recurrida ante la Cámara de Apelaciones de lo Penal Económico, y está pendiente de dictarse la sentencia.

3.2 Acuerdos verticales

Con independencia del debate existente sobre el carácter anticompetitivo de las restricciones verticales, no hay duda de que éstas son considerablemente menos dañinas para la competencia que las horizontales, lo cual se pone de manifiesto en el hecho de que en las jurisdicciones más avanzadas en materia

de competencia se muestra actualmente una tendencia decreciente a su persecución.

En la Argentina, la CNDC y la Autoridad de Aplicación tampoco se han centrado especialmente en la persecución de estas restricciones verticales, aun cuando una actuación en ese campo ayudaría a una clarificación de los diversos sistemas de distribución restringida (distribución exclusiva, selectiva, franquicia...) al tiempo que alumbraría determinados supuestos que en la práctica decisional de la mayor parte de las jurisdicciones, tales como la fijación vertical de precios o la prohibición de ventas pasivas a los distribuidores exclusivos, siguen considerándose ilícitos.

Como ya se indicó con ocasión del informe que se elaboró para el *peer review* realizado por la OCDE en el año 2006, en el período de 2001 a 2006 por parte de la CNDC sólo se resolvieron tres casos de restricciones verticales y ninguno de ellos derivó en la imposición de sanciones. Lo mismo podríamos decir de la actuación de la CNDC en los años siguientes hasta 2016, si bien, tanto antes como ahora, se contemplaron supuestos de restricciones verticales en casos de abuso de posición dominante. Es cierto que una buena parte de la doctrina argentina⁷² considera que las restricciones verticales, incluso la exclusividad absoluta y la fijación vertical de precios, son lícitas y no anticompetitivas. Esto va en línea con la mayor parte de la práctica decisional de la CNDC y la Autoridad de Aplicación, que parece seguir esa teoría en la medida en la que no suele sancionar restricciones verticales si no van acompañadas de restricciones horizontales o de conductas abusivas de una posición dominante.

El caso del fútbol televisado

Un caso paradigmático de los supuestos en los que se analizan restricciones verticales lo constituye el caso del fútbol televisado⁷³ en el que se sancionó la conducta, por un lado de dos empresas (TRISA y TSC) titulares de los derechos de transmisión por televisión del campeonato argentino, y por otro a los tres operadores de televisión de cable en Buenos Aires. El Dictamen de la CNDC, y con él la Resolución de la Autoridad de Aplicación, consideró que los titulares de los derechos habían impuesto, en situación dominante, las condiciones a los operadores por cable para que éstos ofrecieran a los abonados un mismo paquete denominado "sistema codificado" y por el

mismo precio, lo cual tendría efectos exclusorios hacia otros operadores. Cabría preguntarse si en realidad el análisis de la CNDC no tomó en cuenta que se había producido un cartel entre los tres operadores de cable, mientras que las dos titulares de los derechos actuarían como “policías del cartel”⁷⁴.

La Resolución fue anulada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico⁷⁵, que consideró que se trataba de una práctica vertical de carácter lícito. Este diferente criterio se explica por las diferencias existentes en la determinación del mercado relevante realizada por la CNDC y por dicha Cámara. A este respecto, mientras que para la CNDC el mercado relevante estaba constituido por los derechos de transmisión en directo de los partidos del campeonato argentino de fútbol de primera división (tratándose, en consecuencia, de un monopolio del grupo TRISA-TSC), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por el contrario, determinó que el mercado relevante involucraba a todos los programas televisivos de fútbol, ya fuera los que emitían fútbol argentino como extranjero, en directo o en diferido. Sobre la base de lo anterior, no resulta extraño que dicha Cámara se cuestionara que el grupo TRISA-TSC tuviera una posición dominante como proveedor de programas televisivos de fútbol, y al ser una conducta vertical realizada por quien carecía de posición dominante, consideró que no existía infracción. Contra este fallo se interpuso recurso ante la Corte Suprema de Justicia del país, que consideró que no se daban los presupuestos para admitir el recurso, ya que la Cámara de Apelaciones no había dictado una sentencia arbitraria sino que había realizado una lectura de las pruebas distinta de la realizada por la CNDC.

En este apartado se puede afirmar que la aproximación que la CNDC realiza en estos casos al tema controvertido de las restricciones verticales consiste en englobarlas en otras conductas anticompetitivas, particularmente el abuso de posición dominante, como más adelante se comprobará al comentar la Resolución Clorox. En cualquier caso, existe una cierta tendencia, manifestada de forma particularmente clara en la jurisprudencia de las Cámaras, encaminada a no considerar anticompetitivas las restricciones verticales, incluso aquellas que, como la fijación

vertical del precio de reventa, otras legislaciones y jurisdicciones consideran como colusorias.

3.3 Abuso de posición dominante

Caso Clorox: Abuso exclusorio o exclusionario

En la Resolución del Secretario de Comercio de 17 de abril de 2015 se impuso a la mercantil Clorox Argentina S.A. (Clorox) una multa de \$50.000.000 por su conducta en el mercado de las aguas lavandinas, que constituía un abuso de su posición dominante en dicho mercado, dificultando asimismo la presencia en el mismo de los productos de un competidor. Todo ello de conformidad con el Dictamen de la CNDC, que se incorporó a la Resolución.

En el expediente, a solicitud de la empresa denunciante, competidora de la denunciada, se adoptaron medidas cautelares, ordenando la suspensión de las conductas de Clorox, consistentes en la negativa de suministro de su producto, o la limitación de los descuentos practicados a los mayoristas que adquirieran el producto del denunciante competidor. El denunciante motivó su denuncia en el hecho de que Clorox tenía posición de dominio en el mercado de las aguas lavandinas y que con su conducta se conducía a la exclusión de su producto en el mercado relevante. La investigación se entendió igualmente a otras conductas, tales como la imposición por parte de Clorox de un “gap” de precios a los mayoristas.

El dictamen de la CNDC consideró que la conducta investigada constituía un abuso de posición dominante de efectos exclusorios. Para llegar a esa conclusión, en primer lugar, delimitó el mercado relevante desde el punto de vista del producto (aguas lavandinas) así como el geográfico (dimensión nacional), y llegó a la conclusión de que en ese mercado Clorox tenía posición de dominio. Con estos parámetros resultaba evidente que la conducta de Clorox tenía un objeto anticompetitivo, encaminado a dificultar la presencia en ese mercado de otros competidores, entre ellos, el denunciante⁷⁶. Se trata de un ejemplo nítido de conducta realizada por el operador dominante para consolidar su privilegiada posición de dominio, en la medida en la que impone a los distribuidores y clientes unas condiciones más gravosas si adquieren productos

de los competidores que si se limitan a adquirir los productos del dominante. Esa conducta es contraria a la competencia por el objeto, pues claramente consiste en limitar o dificultar la presencia de competidores en el mercado, y es por ello por lo que se trata de un típico abuso exclusorio.

Se ha de poner de manifiesto que en el texto del Dictamen se incluyen menciones relativas a las restricciones verticales en un caso de abuso. Así, por ejemplo, se menciona que los hechos denunciados en el expediente “encuadran dentro de las denominadas prácticas exclusionarias de tipo vertical”, para indicar más adelante que la fijación vertical de precios constituye un supuesto contrario a la libre competencia en los siguientes términos: “las acciones verticales dirigidas a fijar los precios en diferentes etapas de la comercialización afectan diversos elementos constitutivos de los mercados competitivos”. Ahora bien, de estas consideraciones no se deduce una sanción por restricciones verticales (conducta bilateral o multilateral) ya que exclusivamente se sanciona por una conducta unilateral de abuso de posición dominante.

Caso Yacimientos Petrolíferos Fiscales: Abuso explotativo

La Autoridad de Aplicación, siguiendo el Dictamen de la CNDC, impuso a YPF una multa de 109.644.000 pesos, al tiempo que ordenó el cese de la conducta. Aunque se trata de una Resolución antigua, en la medida en la que es la multa más elevada impuesta hasta ese momento por abuso de posición dominante, resulta conveniente su comentario.

El procedimiento contra YPF se inició de oficio en agosto de 1997, tras la elaboración de un estudio que ponía de manifiesto la existencia de circunstancias significativas en el mercado de gas licuado de petróleo (GLP) a granel, así como los significativos incrementos de precios producidos de 1992 a 1997, incrementos que no estaban justificados en unos mayores costos de producción. Asimismo, se ponía de manifiesto un contexto de práctico estancamiento de la demanda interna, un importante aumento de la producción y exportación por parte de la empresa y una brecha creciente entre los precios de venta a fraccionadores locales y los precios de exportación.

Se investigó si YPF, empresa con posición dominante en el mercado de abastecimiento a granel en el mercado de GLP, llevaba a cabo una política de restricción de la oferta interna para así mantener alto el precio de venta en el mercado nacional en comparación con los precios de exportación. La presunción era que, si YPF en vez de destinar a la exportación un volumen importante de su producción, la destinaba al mercado doméstico, los precios en el interior de la Argentina se igualarían a los precios de exportación.

Se definió el mercado relevante como el de la comercialización doméstica de GLP a granel, incluyendo tanto la demanda del sector petroquímico, como la de los fraccionadores locales. La oferta estaría constituida por todas las empresas locales productoras de GLP. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado relevante, se consideró que era nacional.

La definición del mercado relevante partió de la consideración de sustituibilidad, tanto de la oferta y como de la demanda, y se concluyó, desde el punto de vista de la demanda, que ni el sector petroquímico ni los fraccionadores locales contaban con la posibilidad efectiva de sustituir el GLP por otro producto. Desde la óptica de la oferta, la existencia de importantes barreras de entrada para importar GLP llevaba a la conclusión de que no era posible encontrar fácilmente suministros alternativos. Establecido ese mercado relevante, se determinó que en el mismo YPF estaba en posición dominante.

Con estos parámetros, correspondió a la CNDC analizar si la conducta podía ser considerada como abusiva. YPF, según el Dictamen, llevó a cabo una política comercial consistente en desviar de forma significativa su producción hacia la exportación, al objeto de mantener relativamente altos los precios domésticos en comparación con los de exportación, con el añadido de que se prohibía la reimportación. Para ello se conjugaron varios factores, todos ellos interrelacionados: el desvío masivo de su producción de GLP hacia la exportación, el aumento de los precios domésticos, la existencia de discriminación de precios entre el mercado doméstico y el mercado exterior, y las cláusulas contractuales de no reingreso del producto exportado.

La necesidad de la búsqueda de afectación al interés económico general produjo que se analizara que, aunque la conducta hubiera tenido lugar en el mercado mayorista, los efectos se producían “aguas abajo” en el mercado de la venta a los consumidores, que se verían obligados a pagar una cantidad superior a la que pagarían en ausencia de conducta abusiva, en la medida en la que los fraccionadores repercutirían en los consumidores los incrementos de precios. Por otra parte, existía un factor de agravación de la conducta, en la medida en que se trataba de un producto de primera necesidad, precisamente para los habitantes de menores ingresos que no tenían acceso a las redes de gas natural.

Para el cálculo de la multa impuesta se tomó en cuenta, no tanto el perjuicio al interés económico general sino el beneficio ilícitamente obtenido por YPF, como consecuencia de su conducta abusiva. De esta forma, se estimó que el beneficio ilícito total por el período investigado era de \$91.370.000, cantidad que fue incrementada en un 20% que permitía el artículo 26 de la LDC, y en consecuencia la multa quedó establecida en \$109.644.000.

Como comentario a esta resolución se puede poner de manifiesto que se trata de un supuesto en el que se sanciona la fijación de precios abusivos, una forma del llamado “abuso explotativo”, frente a la figura del “abuso exclusorio”, cuyos efectos anticompetitivos son manifiestos. No resulta fácil determinar cuándo un precio es abusivo, pero hay supuestos, como el analizado en la Resolución comentada, en los que existen parámetros que facilitan tal calificación. En efecto, cuando hay un precio fijado para la exportación y otro para el mercado nacional, a la vez que se impide la reimportación, el precio para el mercado nacional que supere al aplicado para las ventas al exterior puede considerarse, sin lugar a dudas, como abusivo.

La Resolución condenatoria fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia de 2 de julio de 2002.

Caso Royal Canin: Terminación convencional

En ciertas ocasiones, en el campo de los expedientes relativos a conductas, la CNDC ha hecho uso de la facultad contemplada en el artículo 36 de la Ley 25.156, de aprobar una terminación convencional,

aceptando los compromisos ofrecidos por los presuntos autores de tales conductas.

Un ejemplo de terminación convencional lo constituye la Resolución Royal Canin, del Secretario de Comercio Interior de 7 de junio de 2012, que aceptó los compromisos ofrecidos, siguiendo el criterio de la CNDC, cuyo Dictamen se incorporó a la Resolución formando parte de la misma.

En este supuesto, un cliente de los productos suministrados por la empresa Royal Canin Argentina S.A. (RCA), y dedicado a la veterinaria y *pet shop*, presentó una denuncia ante la CNDC alegando que la empresa suministradora había restringido en determinados momentos el suministro de los productos que venían siendo adquiridos regularmente durante años y que le habían permitido la expansión de su negocio. Los productos, y por lo tanto el mercado afectado por la posible conducta, consistían en alimentos para mascotas, y la denunciada vendía sus productos sin exigencia de exclusividad.

En su Dictamen, la CNDC realizó un análisis de los precedentes en los que habían sido aceptados los compromisos, especificando que los mismos no deben ser aceptados de forma automática, sino tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en todo caso, reservando el instituto de la terminación convencional para aquellos supuestos en los que el compromiso genera mayores beneficios que la continuidad de la instrucción. En el expediente, la denunciada (RCA) se comprometió a reanudar los suministros al denunciante, con determinados descuentos y las mismas condiciones que a otros clientes del área, términos que fueron aceptados por el denunciante y, en consecuencia, se incorporaron al Dictamen, sirviendo de base para la Resolución.

3.4 Concentraciones económicas

Caso Telefónica–Telecom

En el año 2007 se produjo por parte de diversas empresas, entre las que se encontraba Telefónica de España S.A., la adquisición de las acciones de la sociedad italiana Telco S.p.A. (TELCO), propietaria de la sociedad Olimpia S.p.A., cuyo activo eran acciones de Telecom Italia (TI), lo cual tuvo grandes repercusiones en la Argentina, en la medida en la que TI de forma directa e indirecta era titular

del 50% de las acciones de la sociedad argentina Sofora Telecomunicaciones S.A., que, a su vez, controlaba indirectamente Telecom Argentina S.A (TA).

El problema surgió por el hecho de que Telefónica España S.A. (TE) era titular del 42% de las acciones de TELCO, controlando a su vez Telefónica de Argentina S.A. (TELA). En consecuencia, se producía un hecho relevante según el cual TE, tenía influencia en las dos principales operadoras de telecomunicaciones en la Argentina, total en TELA e indirecta en TA.

Conocido este hecho por informaciones periodísticas, la CNDC consideró, mediante la Resolución 4/09 de 9 de enero, que el cambio de control en TELCO constituía una operación de concentración con efectos en la Argentina, sujeta a la exigencia de la notificación de la adquisición de TELCO.

Se tramitó el expediente ante la CNDC, que emitió dictamen el 25 de agosto de 2009 en el que se determinaba que dicha operación afectaría a la competencia en la Argentina, disminuyéndola de forma sustancial en los mercados en los que operan tanto TA como TELA. En base a ese dictamen, el Secretario de Comercio Interior dictó la Resolución 438/09 por la cual subordinó la operación a la condición que TI y su filial Telecom Italia Internacional (TII) desinvertieran todos sus activos en Sofora, y por lo tanto dejaran de controlar TA, en el plazo de un año.

La Resolución fue recurrida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que, el 1 de febrero de 2010 dictó sentencia y por mayoría de dos votos a uno⁷⁷, la anuló por considerar que se habían vulnerado los derechos de defensa de los intervinientes, en la medida en la que se imponían obligaciones a dos empresas (TI y Telecom Italia International), que no habían sido parte en el procedimiento. Tratándose de un procedimiento incidental, se anuló la resolución pero sin entrar en la consideración del fondo del asunto⁷⁸.

La Sentencia ordenaba que se emitiera un nuevo acto administrativo. En el momento de dictarse la sentencia, se encontraba pendiente el recurso que fue interpuesto por los interesados contra la Resolución de 9 de enero de 2009 por la que se consideró que la operación TELCO constituía

una concentración que debería ser notificada. Los Tribunales desestimaron este recurso, por lo que se confirmó el criterio de que la operación debería ser notificada en la Argentina.

Como consecuencia de las dos resoluciones judiciales, la operación tuvo que ser notificada de nuevo, tramitándose un nuevo expediente, con presencia de todos los interesados.

Emitido el nuevo acto administrativo, mediante la Resolución del Secretario de Política Económica de fecha 13 de octubre de 2010, la operación se subordinó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.b) LDC, condicionando su aprobación al cumplimiento de los compromisos presentados por las notificantes, consistentes en la prohibición de TE de participar o vetar en TELCO, o en cualquier otra sociedad participada por ésta, cualquier cuestión relacionada con el mercado argentino. Dichos compromisos se convirtieron en condiciones a las que quedó supeditada la aprobación de la operación. En la misma Resolución se confirmó la multa anteriormente impuesta por notificación extemporánea.

Puede llamar la atención el hecho de que, sin haber variado las condiciones de competencia y realizando un análisis similar, en la presente Resolución se apruebe la operación sometida a condiciones, consistentes en el establecimiento de murallas chinas, mientras que en la anterior Resolución la aprobación se había condicionado a la desinversión en TELCO.

Como se ha indicado, en el mismo marco de la operación, el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía, en su Resolución de 6 de enero de 2010 hizo suyo el contenido del dictamen de la CNDC 775/2010 y, considerando que la operación TELCO constituía una concentración económica que no había sido notificada en su momento en el plazo previsto en la ley, impuso elevadas multas a los adquirentes de TELCO, TE y otras cuatro empresas, éstas últimas, ajenas al mercado de las telecomunicaciones. La Resolución fue parcialmente anulada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, que redujo a menos de la mitad la multa impuesta a TE, y anuló las que se habían impuesto a los demás accionistas de TELCO. La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema, que la confirmó en el sentido de considerar que las empresas habían

incumplido la obligación de notificar durante un periodo superior a trescientos días, y la anuló en lo que al importe de las multas se refiere, manteniendo las que habían sido impuestas por el Secretario de Comercio Interior, dejando sin efecto la reducción a TE y ratificando la multa impuesta a las demás imputadas.

Caso Hoyts/Cinemark Argentina (aprobación con compromisos a tenor del artículo 13 b) de la Ley de Defensa de la Competencia)

Por Resolución de la Secretaría de Comercio, de 6 de mayo de 2015, se aprobó un expediente de concentración económica relativo a una operación por la que Cinemark Argentina Holdings INC adquirió la totalidad de las acciones de Boca Holdings INC, titular a su vez de la totalidad de las acciones de Hoyts General Cinema de Argentina S.A. Las empresas afectadas por la operación centraban su actividad en el mercado de la exhibición cinematográfica.

La autorización de la operación se subordinó al cumplimiento del compromiso presentado por los notificantes, junto con las aclaraciones al respecto realizadas por la CNDC, y que, en resumen, consistían en una limitación de crecimiento y mantenimiento de precios⁷⁹ durante un período de cinco años en dos zonas: la Zona Norte del Gran Buenos Aires y en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A la Resolución se acompañó el Informe de la CNDC. En el cual, ésta se encargó, en primer lugar, de delimitar el mercado relevante afectado por la operación, llevando a cabo dicha delimitación tanto desde el punto de vista del producto como del geográfico. Respecto del mercado relevante de producto, éste quedó definido como el de la explotación de complejos cinematográficos multipantalla, actividad que incluía la exhibición de películas y el servicio adicional de expendio de alimentos y bebidas. Sin embargo, otras formas de exhibición (cines de una sola pantalla, salas Premium...) no quedaron incluidas en el mercado de referencia. La delimitación del mercado de producto se realizó utilizando el test SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price).

En cuanto a la delimitación geográfica de los mercados relevantes, la misma se realizó teniendo en cuenta determinadas isócronas, es decir, el

tiempo empleado para recorrer la distancia desde los domicilios de los espectadores hasta la sala de proyección. A tales efectos, se delimitaron nueve zonas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires. De estas nueve zonas, la operación suponía el incremento de las cuotas, tanto de espectadores como de facturación, de las empresas que se concentraban por encima del cuarenta por ciento o muy cercanas a esta cifra⁸⁰. Estas cuotas de mercado denotaban problemas de competencia ocasionados por la operación (concretamente, dos de ellas), a los que deberían buscarse remedios para su aprobación. Los notificantes ofrecieron ciertos compromisos que fueron objeto de análisis por la CNDC.

Como se indica, la CNDC, tras un análisis de los remedios posibles, tanto estructurales como de comportamiento, en el marco genérico de las operaciones de concentración, analizó los compromisos propuestos, realizando determinadas matizaciones y aclaraciones. Con tales matizaciones, aceptó los compromisos por considerar que solucionaban los problemas de competencia ocasionados por la operación y propuso, en consecuencia, al Secretario de Comercio, subordinar la aprobación de la operación de concentración empresarial al cumplimiento de tales compromisos.

Ha de resaltarse que, a diferencia de lo que ocurrió en la Resolución Cablevisión/Multicanal, que se analizará más adelante, se subordinó la aprobación según lo dispuesto en el artículo 13 b) de la LDC, por lo que los compromisos se convirtieron en condiciones a cuyo cumplimiento quedaba condicionada la aprobación de la operación.

Concentración Iberia Líneas Aéreas de España S.A. y British Airways PLA (aprobación con condiciones)

Por una operación llevada a cabo fuera de la Argentina, Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y British Airways PLA se concentraron, formando una nueva empresa denominada International Consolidated Airlines Group S.A. (IAG). La nueva sociedad pasaría a ser la *holding* de ambas compañías, las cuales seguirían prestando con sus propias marcas servicios de transporte aéreo, implementándose una integración industrial, financiera y operativa.

Dicha operación, al superar los umbrales legales de volumen de negocios para ser sometida a un expediente de control de concentraciones en la Argentina, fue notificada a la CNDC. La Comisión analizó la operación y emitió un Dictamen en el que se consideraba que la misma afectaba a la competencia y al interés económico general en las rutas Buenos Aires/Londres, Buenos Aires/Bruselas y Buenos Aires/Viena, por lo que propuso al Secretario de Comercio subordinar la aprobación de la operación sometida al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Mantener la capacidad, durante el período de cinco años, tanto en frecuencia como en número de asientos, en los servicios prestados en la línea Buenos Aires/Londres
- Realizar un monitoreo de precios de las líneas Buenos Aires/Bruselas y Buenos Aires/Viena durante un período de tres años.

La CNDC sería el organismo habilitado para el seguimiento del cumplimiento de estas condiciones.

El Secretario de Comercio, por Resolución de fecha 2 de febrero de 2015, decidió condicionar la aprobación de la concentración notificada con las condiciones propuestas por la CNDC. La Resolución incorporó como fundamento el Dictamen realizado por la CNDC. Este Dictamen contiene un fundado análisis de los mercados, separando adecuadamente, según los precedentes internacionales en las concentraciones de líneas aéreas, los mercados de carga y de pasajeros, incluyendo en estos últimos, los vuelos directos y los indirectos, así como las repercusiones entre los pasajeros sensibles al tiempo y no sensibles al mismo, al mismo tiempo en que se analiza el grado de concentración en las distintas rutas origen/destino. A tales efectos, el estudio se llevó a cabo utilizando los índices IHH y el test SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price), los mercados por rutas, incluyéndose en el análisis dieciséis rutas, todas ellas entre Buenos Aires y distintas ciudades europeas. En dos de ellas (Buenos Aires/Bruselas y Bruselas/Viena) se planteaban problemas de competencia, en la medida en la que se creaban o consolidaban cuotas de mercado de las empresas que se fusionaron por encima del 40%, mientras que

la ruta Buenos Aires/Londres era calificada como "ruta con participación elevada", ya que sumando la cuota de las empresas que se concentraban en los tres últimos años se obtenían cuotas del orden del 70% (69.2 % en 2013, último año analizado).

Como consecuencia de este análisis y de los problemas de competencia detectados, se propusieron los remedios anteriormente reseñados en forma de condiciones a la operación.

Con independencia de la incertidumbre que pueda existir sobre la virtualidad del monitoreo de precios para evitar precios abusivos, mayores dudas surgen de la condición relativa a la ruta Buenos Aires/Londres, a la que, extrañamente, no se le incluye en el monitoreo de precios. No se termina de entender como los problemas de competencia que han sido detectados en esa ruta pueden ser solucionados mediante el mantenimiento de vuelos y capacidad de pasajeros⁸¹. Ahora bien, esa medida, que aparentemente puede resultar beneficiosa para los viajeros de esa ruta en la medida en la que no se suprimirían vuelos directos entre esos dos puntos, ello difícilmente guarda relación con los problemas de competencia ocasionados por la concentración. En consecuencia, muestra la apariencia de ser una medida de inspiración política ajena a la competencia⁸².

Concentración Multicanal/Cablevisión (aprobación con compromisos pero a tenor del artículo 13 a) de la Ley de Defensa de la Competencia)

En el año 2006 se notificó una compleja operación societaria por la que Grupo Clarín, S.A. y Fintech Advisory INC adquirirían una cantidad que, sumada a la que ya poseían, representaba respectivamente el 60% y el 40% de las acciones de la empresa Cablevisión, S.A., que a su vez adquiriría el control de la empresa Multicanal, S.A., entre otras sociedades. Asimismo, Multicanal adquiriría la totalidad de las acciones de Prima, S.A.

La operación notificada constituía una operación de concentración que, una vez analizada, planteaba problemas de competencia por la presencia de relaciones de carácter horizontal en los mercados:

- a) De distribución de señales múltiples, particularmente por la integración de Cablevisión y Multicanal.
- b) De servicios de acceso a internet, por la integración entre Cablevisión, Prima y Clarín Global.

En el expediente tramitado ante la CNDC, los notificantes asumieron ciertos compromisos por un periodo de dos años y, en consecuencia, se emitió el Dictamen (por mayoría⁸³), que fue remitido al Secretario de Comercio Interior aceptando tales compromisos y aconsejando la aprobación de la operación en los términos del artículo 13.a) LDC, es decir aprobación sin condiciones. En los mismos términos del Dictamen mayoritario, el Secretario de Comercio dictó Resolución el 7 de diciembre de 2007 por la que se aprobaba la operación a tenor de lo previsto en el indicado precepto legal.

Aprobada y formalizada la operación surgieron ciertos problemas ya que el Poder Ejecutivo consideró que los compromisos no habían sido cumplidos, por lo que, mediante Resolución del Ministro de Economía y Producción de 3 de marzo de 2010 (Resolución 113/2010), se declaró que se había producido un incumplimiento de los compromisos y se dejó sin efecto la autorización, compeliendo a las partes a la desconcentración.

El problema surgió debido a que la operación había sido aprobada a tenor de lo previsto en el artículo 13 a) de la LDC (autorización de la operación), y no por el 13 b) (subordinar la aprobación al cumplimiento de las condiciones que se establezcan), por lo que las partes recurrieron dicha Resolución y en septiembre de 2015, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó una sentencia revocando la Resolución 113/2010 del Ministro, por considerar que la autorización de la concentración no había quedado condicionada, ello sin perjuicio de que pudiera exigirse, por otras vías, el cumplimiento de los compromisos.

Concentración Pampa Argentina y AEI Servicios Argentina (aprobación simple)

Por Resolución del Secretario de Comercio de 28 de agosto de 2015 se aprobó una operación de concentración consistente en la adquisición

por parte de la sociedad Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. (EDENOR), del 77,19%, de la Empresa Distribuidora Eléctrica Regional, S.A (EMDERSA), de pequeñas participaciones en otras empresas distribuidoras de electricidad en las que EMDERSA poseía el resto del capital, del 99,99% de la firma AESEBA, S.A., así como la compra por parte de Pampa Energía, S.A. (empresa matriz de EDENOR), del 0,01% restante de AESEBA, S.A. La aprobación se realizó siguiendo el criterio del Dictamen de la CNDC, que se incorporó a la Resolución. La mencionada Resolución acordó la inclusión en el expediente de otros varios de operaciones previas relacionadas, cuya acumulación había aconsejado la CNDC.

En el Dictamen de la CNDC se puso de manifiesto la gran complejidad de la tramitación del expediente administrativo por existir un cierto número de operaciones relacionadas que se encontraban simultáneamente en tramitación ante la CNDC, buena parte de ellas objeto de recursos jurisdiccionales. Por ello se aconsejaba la acumulación de diversos expedientes.

Por otra parte, la CNDC efectuó en su Dictamen un resumen del mercado eléctrico, destacando el papel de los cuatro submercados que forman parte del mismo: generación, transporte, distribución y comercialización. En cuanto a la dimensión geográfica de los mercados relevantes, en el referido a la generación se dividió el territorio de la República en ocho zonas, según la ubicación de las centrales generadoras de electricidad. La operación afectaba a los mercados de generación y distribución. Asimismo, tenía repercusión en el mercado de comercialización del gas, cuya dimensión geográfica era nacional.

La CNDC, tras analizar los efectos de la operación sobre el mercado, considerando que los incrementos y las cuotas resultantes de la operación en los diversos mercados analizados no eran significativas (pues salvo en distribución, en cuyo mercado el grupo resultante de la concentración alcanzaría una cuota del 26,38%, las cuotas resultantes en los restantes mercados analizados en ningún caso superarían el 7%), concluyó que la concentración analizada no despertaba preocupación desde el punto de vista de defensa de la competencia y por ello

recomendó a la Autoridad de Aplicación la aprobación de la operación sin condiciones.

3.5 Promoción de la competencia

En el mes de abril de 2016, como prueba evidente de un nuevo impulso que se pretendía dar a la política de la competencia, la CNDC anunció un firme compromiso con la tarea de promoción de la competencia como un medio altamente útil para introducir la cultura de la competencia en la Argentina. A tales efectos, anunció la elaboración de un total de once estudios para evaluar las condiciones de competencia en sectores con alta concentración e importante impacto en el consumo y la producción. El primero de estos informes se analiza a continuación y ha de señalarse que ha merecido alabanzas en diversos sectores consultados, así como el reconocimiento del nuevo impulso dado a la política de la competencia.

El informe sobre tarjetas de crédito, débito y medios de pago electrónicos

El 26 de agosto de 2016, la CNDC, mediante su Resolución nº 17, y en el marco de su función de promoción del Derecho de la Competencia, publicó una investigación por conductas anticompetitivas y posición dominante en el mercado de la sociedad Prisma Medios de Pagos, S.A. ("PRISMA"), así como sobre el mercado de tarjetas de crédito y medios de pago electrónicos, al mismo tiempo que se realizaban una serie de recomendaciones al Banco Central de la República de la Argentina ("BCRA") y al Secretario de Comercio. El informe fue producto de una iniciativa conjunta del Banco Central y la CNDC, y puso de manifiesto una buena colaboración entre ambos organismos.

En la Argentina, el 80% de los pagos electrónicos se hacen con tarjeta de crédito, cuyo mercado está liderado por Visa, situándose MasterCard en segundo lugar. Asimismo, la única vía de adquisición y procesamiento de pagos electrónicos de Visa es PRISMA.

Por otro lado, el estudio revela cuatro mercados relevantes: a) mercado de emisión de medios de pago electrónicos; b) mercado de adhesión o adquisición; c) mercado de procesamiento

de pagos electrónicos; y d) mercado de provisión de terminales o interfaces para pagos electrónicos. Resulta esencial en el estudio que, por un lado, PRISMA participa en los cuatro mercados involucrados y en los dos canales existentes de comercialización y, por otro, que el accionariado de dicha sociedad está compuesto por 14 bancos. El hecho de que los accionistas de PRISMA sean los bancos más grandes del país, permite que pueda existir un mecanismo de coordinación que facilite la fijación de políticas comerciales comunes a todos ellos, entre ellas, las condiciones de financiamiento al consumo.

A este respecto, conviene destacar que la configuración actual del mercado de medios de pago en la Argentina tiene efectos que restringen la competencia en los mercados de adquisición y financiamiento, pues existen incentivos para la realización de prácticas anticompetitivas de tipo exclusionario en los segmentos donde PRISMA enfrenta competencia potencial. En este sentido, la Comisión traduce estas prácticas en un presunto abuso de la posición de dominio de PRISMA, que debe ser investigado.

Como consecuencia de lo anterior, la CNDC concluye llevar a cabo las siguientes recomendaciones:

- Al BCRA, que revise integralmente la regulación de medios de pago electrónicos, con especial énfasis en la instrumentación de políticas que promuevan la competencia, como son, entre otras: mitigar las barreras de entrada en los mercados, ampliar el acceso a licencias, fomentar la transparencia en el financiamiento para consumo, etc.
- Al Secretario de Comercio, que inicie una investigación de oficio contra PRISMA y sus accionistas, por presuntas prácticas anticompetitivas.

El Secretario de Comercio acordó la apertura de oficio de un expediente de conductas que se encuentra actualmente en tramitación, pero que ya ha empezado a surtir efectos en la medida en la que los bancos están en disposición de vender PRISMA a un tercero, al tiempo que aceptan que se lleve a cabo la regulación de las tasas de intercambio.

4. NUEVO IMPULSO A LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA)

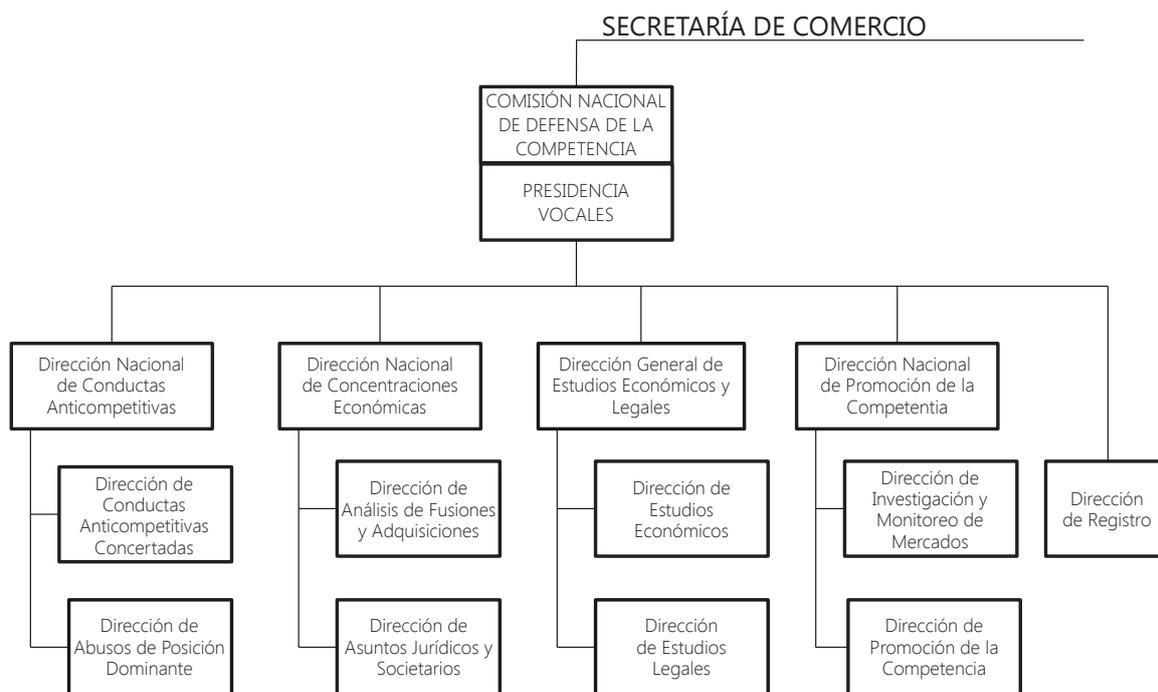
Constituido un nuevo Gobierno tras las elecciones de 2015, se produjo un considerable impulso en la política de la competencia, que fue considerada como uno de los pilares de la nueva acción de gobierno. A tal fin se tomaron medidas para potenciar la función de los organismos encargados de llevarla a cabo, particularmente, la CNDC y la Autoridad de Aplicación.

Con este objetivo, el 16 de enero de 2016, se nombró un nuevo Presidente de la CNDC y, en los meses siguientes, se nombraron nuevos vocales de la Comisión. Por otra parte, mediante el Decreto 718/2016 se nombró al Secretario de Comercio, dependiente del Ministerio de Producción, como Autoridad de Aplicación, designación que no se había realizado desde que, en 2014, la Ley estableciese que no se creaba el Tribunal, y que el Gobierno designaría la Autoridad de Aplicación. La Resolución 614-E/2016 creó una nueva y más eficaz estructura de la CNDC.

Por su parte, mediante la Resolución 190/2016, se delegaron las funciones del Secretario de Comercio en la CNDC, correspondiéndole a este último las competencias relativas a la instrucción de los expedientes, así como la realización de estudios tanto por propia iniciativa como por encargo del Secretario de Comercio. Asimismo, se delegó en la CNDC la facultad de formular informes no vinculantes para las resoluciones, tanto en materia de conductas como de control de concentraciones.

Con esas medidas se pretendía principalmente llevar a cabo una nueva orientación en materia de competencia ajena a presiones políticas, al tiempo que preparar las instituciones para un cambio legal que resultaba necesario si se querían cumplir las recomendaciones que en el año 2006 se habían efectuado con ocasión del *peer review* llevado a cabo en el seno de la OCDE.

Paralelamente, se llevó a cabo una reestructuración del personal al servicio de la CNDC, en busca de profesionalidad. A tal efecto, se redujeron muchos puestos de trabajo que resultaban superfluos o innecesarios, lo cual permitió contratar a nuevos especialistas así como una adecuada redimensión de la estructura del organismo⁸⁴, sin olvidar el



desarrollo de actividades de formación⁸⁵ para el personal. Debe igualmente destacarse una mayor actividad en el seno del organismo, puesta de manifiesto en el hecho de que en el año 2016 se hayan triplicado el número de dictámenes emitidos. Durante 2016 se emitieron en total 246 dictámenes, lo que representa 3,2 veces el promedio de dictámenes emitidos durante los últimos nueve años. Asimismo, el tiempo promedio de análisis de expedientes de fusiones y adquisiciones en 2015 era de 3,2 años, reduciéndose a finales de 2016 a 1,8 años.

Estas novedades han ido acompañadas de una activa presencia de la CNDC en los foros internacionales en materia de competencia: International Competition Network, International Bar Association, UNCTAD, OCDE... en los que se aprecian las mejoras adoptadas.

Asimismo, entre los nuevos proyectos previstos en la Comisión se incluye la aprobación de diversas Directrices en materia de competencia, que resultarán sumamente clarificadoras para transmitir información a todos los actores sobre los criterios de aplicación de las normas.

Junto con lo anterior, conviene resaltar el impulso del área de abogacía de la competencia, como anteriormente se ha indicado al señalar las modificaciones organizativas. En este campo, no se puede olvidar la resolución en el caso de las tarjetas de crédito, que es tratado más adelante, el cual constituye un importante aporte del área, así como la realización de distintos estudios de mercado entre los que se encuentran los insumos de uso difundido (acero, petroquímica y aluminio); los bienes de consumo fundamentales para los hogares (leche, carne, aceite comestible y jabón para la ropa), los mercados de venta minorista (supermercados), y otros mercados como los de transporte y medicamentos.

Por su parte, el pasado 27 de septiembre de 2016, el Gobierno presentó a la Unión Industrial Argentina (UIA) los detalles del Plan Productivo Nacional, que apuntaba a mejorar la competitividad, generar más infraestructuras, lograr la apertura al mundo y crear mayor cantidad de empleos de calidad, entre otros. Así, uno de los ocho ejes del Plan Productivo Nacional, coordinados para impulsar el crecimiento de la economía, era la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados,

cuyo principal objetivo es "favorecer la entrada de nuevas empresas, la baja de costos de insumos, alentar inversiones y la protección de los derechos de los consumidores".

En consecuencia, se considera necesario sancionar una nueva Ley, acorde a estos tiempos, como ya lo han hecho los países de la OCDE y Brasil, Colombia o Perú, entre los de la región, cuyos avances han sido significativos en la última década.

Como motivo de la revisión sobre la política de la competencia de la Argentina en el año 2006, realizada por la OCDE, se identificaron determinadas mejoras que debía implementar la Argentina, y que en realidad, deberían haberse hecho diez años atrás. Los países más avanzados del mundo ya cuentan con estas herramientas, y es por ello que dicho informe motivó, aun con cierto retraso, a que la Argentina impulsara un proyecto de LDC que incorporara los avances que se han ido sucediendo en esta materia durante la última década, en consonancia con las recomendaciones de ese organismo internacional.

El proceso legislativo comenzó con la elaboración por parte de la CNDC, de un borrador de reforma, que culminó en agosto de 2016 e incluyó consultas con especialistas y dentro del Gobierno. Más tarde, dicho proyecto fue llamado a consulta pública, del mismo modo que estuvo sujeto a opiniones y sugerencias recibidas por especialistas y por varias instituciones como IBA, Banco Mundial y OCDE, entre otras.

En septiembre de 2016, se presentó en el Congreso el proyecto para reformar la Ley de Defensa de la Competencia, consensuado sobre la base de proyectos del Presidente del Bloque de diputados nacionales de la UCR e Interbloque Cambiemos Mario Negri, y la titular de la Coalición Cívica Elisa Carrió, que supuso una adaptación a las mejores prácticas internacionales. La citada reforma se sometió de nuevo a revisión, incorporándose nuevas sugerencias. Se prevé que será tratada en el Congreso en 2017 -donde estará sujeta a las modificaciones que pudieran surgir de la discusión parlamentaria-, ya que como hemos resaltado, "es uno de los pilares fundamentales de la acción del Gobierno".

En palabras del Diputado Mario Negri: "El objetivo de esta ley es proteger el bienestar de los consumidores y el correcto funcionamiento del

mercado para que no haya conductas cartelizadas ni abusos de posición dominante”.

El proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que se encuentra actualmente en el Parlamento, consta de noventa y un artículos agrupados en quince capítulos, estando dedicado el último de ellos a las disposiciones transitorias y complementarias.

El **índice** es el siguiente:

- Capítulo I: De los acuerdos y prácticas prohibidas
- Capítulo II: De la posición dominante
- Capítulo III: De las concentraciones y fusiones
- Capítulo IV: Autoridad de Aplicación
- Capítulo V: De la Subsecretaría de Fomento de la Competencia
- Capítulo VI: Del presupuesto
- Capítulo VII: Del procedimiento
- Capítulo VIII: De las sanciones
- Capítulo IX: Del programa de clemencia
- Capítulo X: De la reparación de daños y perjuicios
- Capítulo XI: De las apelaciones
- Capítulo XII: Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia
- Capítulo XIII: De la prescripción
- Capítulo XIV: Régimen de fomento de la competencia
- Capítulo XV: Disposiciones transitorias y complementarias.

El capítulo I se dedica a enumerar los acuerdos y prácticas prohibidas, mientras que el capítulo II, bajo el título “De la posición dominante”, establece los criterios por los que cabe calificar a uno o varios operadores en situación de posición dominante, si bien cabe indicar que las conductas consistentes en abuso de posición dominante están reguladas en el capítulo I, sirviendo las disposiciones del capítulo II exclusivamente para determinar los supuestos en los que un operador se encuentra en posición de dominio en un mercado determinado.

Sobre el contenido de este capítulo, pueden hacerse algunas observaciones y sugerencias.

En primer lugar, tal vez convendría separar, al igual que hacen la mayor parte de las legislaciones de competencia, las dos conductas fundamentales que infringen la competencia: los acuerdos o ententes colusorias y los abusos de posición dominante, pues de esta forma quedaría claro que existen conductas anticompetitivas que son objeto del acuerdo de voluntades (conductas bilaterales o multilaterales) junto a otras que son conductas unilaterales, esencialmente abusos de posición dominante⁸⁶. Un posible inconveniente del sistema por el que se ha optado en el proyecto consiste en que puede provocar dudas sobre si las conductas que se enumeran en los artículos 2 y 3, pueden ser realizadas, no solo como consecuencia de convenios, o bien unilateralmente por quien se encuentre en posición dominante, sino por cualquier operador aunque carezca de la posición de dominio.

En segundo lugar, aun cuando no cabe duda que en la redacción del artículo primero del proyecto están incluidos los acuerdos verticales (los actos o conductas de cualquier forma manifestados), el hecho de que en el frontispicio del proyecto de precepto se haga mención a los acuerdos “entre competidores” puede dar lugar a dudas interpretativas, especialmente referidas a si se prohíben exclusivamente los acuerdos horizontales. Como se ha comentado con anterioridad, la tendencia dominante en la Argentina consiste en no perseguir las restricciones verticales si no van acompañadas de intentos de monopolización. Debería aclararse esta cuestión en la norma para que no quede dudas sobre el aspecto de si las restricciones verticales deben estar o no incluidas en la prohibición.

En tercer término, debe considerarse que están incluidos en la prohibición los actos de los entes jurídicos colectivos, como las asociaciones empresariales, las entidades de gestión de propiedad intelectual o los colegios profesionales, que, aun con apariencia de ser unilaterales, son multilaterales, por cuanto son entidades que agrupan en su seno a diversos competidores⁸⁷.

Finalmente, se observa que, de acuerdo con la legislación vigente y la tradición legislativa argentina, se mantiene el concepto de la exigencia de que las conductas impliquen un “perjuicio para el interés

económico general". Vaya por delante que resulta incontrovertido que las conductas contrarias a la libre competencia, por su propia esencia, ocasionan ese perjuicio al interés económico general, si bien algunas de ellas pueden producir eficiencias que impiden la prohibición, por cuanto esas eficiencias compensan y limitan los daños ocasionados al interés económico general. Sin embargo, podría interpretarse que, en cualquier caso, el requisito del perjuicio al interés económico general puede suponer un requisito adicional que debe probarse en cada caso, cuando resulta más adecuado invertir la carga de la prueba: es decir las conductas contrarias a la competencia causan ese perjuicio al interés económico general, y si en algún caso no es así, o bien producen eficiencias que compensen el daño causado, debe ser su autor quien demuestre la existencia de esa compensación. Ello se relaciona en cierta medida con las prohibiciones *per se*, fundamentalmente los carteles de "núcleo duro" (acuerdos de precios, reparto de mercados, limitación de la producción, *bid rigging*...) en los que se puede considerar que la presunción de daños al interés económico general no admite prueba en contrario.

Los proyectos de los artículos 2 y 3 recogen la enumeración de una serie de prácticas restrictivas de la competencia, en el primer caso "absolutamente restrictivas de la competencia" y realizadas por competidores, y en el segundo caso suprimiendo el adverbio "absolutamente" y sin la exigencia de que sean conductas, en su caso, acordadas entre competidores. En buena medida constituyen una lista de prohibiciones *per se* (artículo 2) y las restantes, sometidas a la "*rule of reason*" (artículo 3). El proyecto contiene una sustancial mejora respecto de la legislación vigente, en la medida en la que separa los dos tipos de conductas, las primeras de especial gravedad, favoreciendo una interpretación adecuada. Como se ha indicado anteriormente, las conductas incluidas en los cuatro apartados del artículo 2 equivalen a los carteles de núcleo duro y adecuadamente se señala que en esos supuestos se presume el perjuicio al interés económico general.

Por otra parte, en otro lugar del proyecto, concretamente en el artículo 29, se contiene una propuesta que abunda en la posible distorsión que puede suponer la constante apelación al "interés

económico general", en la medida en la que faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a reglamentar permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos "que contemplen conductas incluidas en el artículo 2 de la ley", pero que, a juicio del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general. Se adelanta la opinión en este momento en el sentido de que tal proyecto de precepto podría resultar distorsionador, al tiempo que desvirtúa el carácter de infracciones *per se* de las conductas incluidas en el proyecto de artículo 2. En principio, no se entiende que las conductas allí descritas que, como se ha indicado, constituyen esencialmente carteles de núcleo duro, puedan dejar de afectar al interés económico general, pues no resulta fácil contemplar supuestos en los que un acuerdo de precios entre competidores, ni una limitación de la producción, ni un reparto de mercado, ni una puja fraudulenta en contratos públicos puedan no afectar al interés económico general ni dejar de constituir una infracción a las normas de la competencia.

Otra cosa puede ocurrir con las conductas contempladas en el proyecto de artículo 3, que, en determinadas circunstancias, pueden no afectar al interés general, o al menos, ocasionar eficiencias que compensen, desde la óptica del interés general, las distorsiones a la competencia. Por lo tanto, podría sugerirse que se suprimiera la mención al artículo 2 que se contiene en el proyecto de artículo 29 o, en cualquier caso, que se sustituya en dicho artículo la mención del artículo 2 por la del artículo 3, pues, insistimos, en algunas de estas conductas pueden encontrarse eficiencias que compensen el daño al interés general, y, a efectos de seguridad jurídica, resulta positivo que se reglamenten los supuestos, siguiendo el modelo europeo de Reglamentos de Exención por Categorías, en los que, si concurren determinadas circunstancias, los acuerdos pueden quedar excluidos de la prohibición, pero esta exclusión se producirá fundamentalmente en los supuestos enumerados en el artículo 3, y, si se quiere, solo excepcionalmente, en los del artículo 2.

Conjuntamente, a ambos proyectos de preceptos contenidos en los artículos 2 y 3, podría realizarse igualmente una sugerencia, en la medida en la que podría resultar de interés añadir que la lista no

es exhaustiva, sino simplemente enumerativa, por ejemplo añadiendo en el inciso inicial "entre otras".

Los proyectos de artículos 5 y 6 del capítulo II constituyen una adecuada regulación de la determinación de la posición de dominio en un determinado mercado relevante, aun cuando el supuesto de la delimitación geográfica no se modifica respecto de la legislación actual, en la medida en la que se sigue haciendo referencia al mercado nacional "o en una o varias partes del mundo". Tal vez debería aprovecharse la reforma del precepto para aclarar la dimensión geográfica del mercado relevante. Como se ha dicho, según la ley, la posición de dominio ha de referirse al "mercado nacional o en una o varias partes del mundo". Es posible que la posición de dominio se produzca en mercados más reducidos que el nacional, ya que la delimitación geográfica del mercado relevante supone determinar aquel territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas. En este caso, caben mercados relevantes más reducidos que el mercado nacional, y aun cuando es evidente que una parte del mercado argentino estaría incluido en el concepto "una parte del mundo", una aclaración a que caben posiciones de dominio en una parte geográfica de la Argentina, podría resultar de interés, por ejemplo añadiendo tras el término "mercado nacional" el inciso "o una parte significativa del mismo".

Por otra parte, se mantiene la regulación actual en el sentido de considerar que se encuentra en posición de dominio quien no está sometido a una "competencia sustancial". En realidad como viene admitiéndose de manera abrumadoramente mayoritaria por la doctrina y la práctica de distintas jurisdicciones, lo que caracteriza al operador dominante es que puede actuar "con independencia de criterio", es decir, sin temor a las reacciones de sus competidores, proveedores o clientes. Tal vez el concepto estaría mejor acogido si, como proponía alguno de los textos que pretendía convertirse en proyecto, se sustituyera el término "competencia efectiva" por el vigente "competencia sustancial".

El capítulo III se dedica a las concentraciones y fusiones. Para iniciar su comentario, resulta conveniente señalar que entre las conclusiones obtenidas en el informe inter pares realizado en 2006 en el seno de la OCDE, se señalaban algunas de las debilidades del sistema argentino de control de las concentraciones, por lo que se sugería:

- a) Aumentar la eficiencia en el control de las fusiones. Con medidas tales como:
 - i) Aumentar los umbrales para la notificación
 - ii) Acortar el tiempo para aprobar las fusiones sencillas
 - iii) Continuar oponiéndose al derecho de terceros de apelar las decisiones relativas a fusiones.
- b) Repasar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen.

Las propuestas del proyecto inciden en estos puntos. En primer lugar, se arbitra un sistema para aumentar el umbral de la obligación de notificación de las concentraciones en la medida en la que, para evitar la fijación de una cifra en moneda nacional que pudiera quedar obsoleta si, como en el pasado, la Argentina atraviesa periodos fuertemente inflacionarios, se remite a una unidad de cuenta, denominada Unidad Móvil, siendo de obligada notificación aquellas operaciones de concentración cuyo volumen de negocio supere en la Argentina los 150 millones de Unidades Móviles⁸⁸. Considerando que esa previsión, de confirmarse y aprobarse en los términos propuestos, supondría que únicamente se deberían notificar las operaciones de concentración empresarial de empresas que tuvieran un volumen de negocios superior a 2.250 millones de pesos, la proyectada reforma se considera idónea para dar cumplimiento a las mencionadas observaciones formuladas en 2006 por la OCDE, que implicaban dedicar esfuerzos a los análisis de las operaciones que, por su dimensión, tienen una hipotética aptitud para alterar las condiciones de competencia, evitando que se dediquen medios y recursos públicos a expedientes de escasa o nula trascendencia para las condiciones del mercado y la competencia.

Por otra parte, para el cálculo del volumen de negocios, los apartados f) a i), ambos inclusive, del proyecto de artículo 9, contempla un nuevo método de cálculo de volumen de negocios, tomando en cuenta la cifra de negocio de la empresa que toma el control y no solo la empresa objeto de cambio de control, lo cual

resulta sumamente adecuado por cuanto el poder de mercado ha de medirse por el conjunto de empresas que resultan de la operación y no exclusivamente por la afectada.

Asimismo, conviene destacar que parece positivo (artículo 10), que se establezca un procedimiento de consulta por el que se pueda consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia si existe obligación de notificar, si bien el procedimiento (que deberá establecerse por el propio Tribunal) deberá ser sumario y con plazo para contestar, por cuanto es previsible que, para emitir una opinión, el Tribunal requiera del conocimiento de los mismos datos que se exigen para la notificación. De no establecerse un breve plazo, podrían existir incentivos para proceder a la notificación de la operación (cuyos trabajos implicarán una carga de trabajo semejante), que sí está sometida a plazos.

Resulta igualmente digno de elogio que el proyecto acoja las recomendaciones de la OCDE respecto a la diferente tramitación de las concentraciones que no tengan potencialidad de limitar la competencia, de las que sí disponen de tal potencialidad, previendo un procedimiento pendiente de desarrollar reglamentariamente, en dos fases. La primera fase, es decir la inicial, que se tramitará en todas las concentraciones, tendrá una duración de cuarenta y cinco días. La segunda fase únicamente tendrá lugar si durante la tramitación de la primera fase se hubieran detectado circunstancias que tuvieren potencialidad de limitar o restringir la competencia (proyecto de artículo 14), tendrá una duración de 120 días⁸⁹. Asimismo, se prevé la existencia de un procedimiento sumario para aquellas operaciones de concentración que puedan tener menor probabilidad de ser prohibidas. Con estos plazos, que son breves y razonables, se pueden evitar las reticencias que puede tener la comunidad empresarial por el hecho de que la concentración no se pueda llevar a cabo hasta la decisión de la Autoridad. En cualquier caso, debería establecerse que estos plazos son preclusivos, es decir que no pueden ser interrumpidos más que por causas suficientemente justificadas⁹⁰.

Sin duda, el procedimiento deberá ser objeto de desarrollo reglamentario, pero sería conveniente establecer un sistema que permita la intervención de terceros, sean proveedores, competidores, clientes o consumidores.

En cualquier caso, los plazos previstos se consideran prudentes, debiendo resaltarse, de forma positiva, que se proponga reducir a quince días el plazo de que dispone el regulador sectorial para emitir su informe en una concentración que afecte a un sector regulado, manteniendo la reducción introducida por el Decreto 396/2001, a partir del año 2001.

Finalmente, debería preverse la creación de una Tasa por concentraciones, que sería abonada por los notificantes y ayudaría a sostener el presupuesto del organismo, siguiendo el modelo existente en un buen número de jurisdicciones.

El capítulo IV, bajo el título "Autoridad de Aplicación", contiene las novedades más significativas del proyecto, en la medida en la que se configura un esquema institucional de aplicación de la ley que difiere sustancialmente del actualmente vigente.

El sistema institucional propuesto consiste en la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia que sustituirá a los organismos anteriormente existentes: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y Autoridad de Aplicación (el no creado Tribunal de Defensa de la Competencia).

Con carácter preliminar al análisis de la nueva autoridad que pretende crearse, vaya por delante que el sistema por el que se ha optado reúne los requisitos necesarios para poder convertirse en una autoridad de competencia de prestigio y alejada de la influencia política que frecuentemente se achacaba al anterior sistema. La configuración del organismo, así como la transparencia para el nombramiento de sus miembros y, particularmente, la inamovilidad de todos ellos durante el período de mandato, fortalecen un sistema que puede adoptar sus decisiones alejado tanto de presiones políticas como de las de los sectores afectados.

Como decimos, el proyecto prevé crear la Autoridad Nacional de la Competencia, que estará formada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, como órgano decisorio de carácter colegiado, más dos órganos unipersonales: la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, encargadas de la instrucción de los respectivos expedientes relativos a su competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano colegiado como se ha señalado, estará compuesto por un Presidente y cuatro vocales. Igualmente, como se ha indicado, las dos Secretarías están concebidas como órganos unipersonales, y al frente de cada una de ellas se situará a una persona que deberá reunir los requisitos exigidos y que será nombrada por concurso de oposición y antecedentes conforme el procedimiento establecido en el proyecto. Debería pensarse la conveniencia de crear una Secretaría de Promoción de la Competencia, como mensaje en favor de la importancia que se le debe dar a esta función.

Para la selección de los miembros de la Autoridad, es decir, del Presidente y vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como los titulares de las dos Secretarías, se prevé un procedimiento por el que son nombrados previo concurso público ante un Jurado *ad hoc*, que elaborará una terna para cada puesto, la cual será publicada y sometida a un período de exposición pública. Durante dicha exposición pública, los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de los consumidores y usuarios, así como las entidades académicas y de derechos humanos, podrán realizar observaciones sobre los componentes de las respectivas ternas. Tras este período, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante resolución motivada, designará a los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia.

Como puede observarse, el sistema elegido es transparente y contiene elementos que alejan la posibilidad de que se realicen nombramientos arbitrarios y de miembros presuntamente complacientes con el poder político.

El sistema se refuerza, en cuanto a independencia, en la medida en la que los distintos miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia son elegidos para un mandato de cinco años, durante los cuales no pueden ser cesados más que por las circunstancias tasadas en la ley, y aun así, se establece (para especiales supuestos tales como la negligencia, la incapacidad sobrevinida o el mal desempeño de las funciones, entre otras causas tasadas) un sistema en el que se precisa de una mayoría reforzada (dos tercios) de los miembros del jurado para proceder al cese anticipado, lo cual resulta adecuado en tanto que impide ceses

injustificados que pueden ser limitativos de la independencia.

No cabe duda que el principal elemento que refuerza la independencia de las denominadas "autoridades independientes", como la prevista Autoridad Nacional de la Competencia, radica en la inamovilidad de los nombramientos. Si un miembro de una pretendida autoridad independiente puede ser cesado (como ocurre en la legislación vigente con el Presidente de la CNDC) por el Poder Ejecutivo, la independencia puede convertirse en una quimera. Por ello, el sistema previsto en el proyecto se considera que reúne los requisitos necesarios para asegurar la independencia de los miembros de la Autoridad.

Como se ha indicado, el Tribunal de Defensa de la Competencia está formado por el Presidente (que lo será también de la Autoridad) y cuatro vocales. Entre sus miembros deberá haber dos abogados y dos economistas. Sus funciones, además de las administrativas propias de la dirección de un organismo, son las correspondientes a la fase de resolución de los expedientes, tanto en materia de conductas como en control de concentraciones. Asimismo, le corresponde la emisión de informes y estudios propios de la promoción o abogacía de la competencia, en este caso compartiendo facultades, como más adelante se indicará, con la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, integrada en el Poder Ejecutivo.

La Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas será el órgano de instrucción encargado de tramitar los expedientes por infracciones a la ley, así como proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las imputaciones y, en su caso, las sanciones a los presuntos infractores de la ley.

Por su parte, la Secretaría de Concentraciones Económicas, instruirá y tramitará todos los expedientes relativos a operaciones de control de concentraciones empresariales y le corresponde resolver sobre las concentraciones sometidas al procedimiento sumario. El resto de las concentraciones serán resueltas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien corresponde a la Secretaría de Concentraciones opinar sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de la aprobación. En cualquier caso, aunque la competencia del Tribunal quede clara a tenor

de lo dispuesto en el proyecto de artículo 14, debe señalarse que la aprobación o rechazo de las concentraciones no figura en la lista en la que constan las funciones y facultades del Tribunal (artículo 28), si bien se nos informa que la modificación de este extremo está prevista en la tramitación parlamentaria.

Ambas Secretarías gozarán de ambos poderes y facultades de instrucción para la tramitación de los expedientes correspondientes.

El capítulo V se dedica a la Subsecretaría de Fomento de la Competencia. Esta Subsecretaría se configura como el órgano del Poder Ejecutivo de participación en las labores de promoción y aplicación de la normativa de la competencia. Puede indicarse que buena parte de las facultades que le atribuye el proyecto están justificadas, en la medida en la que se configura como órgano auxiliar de la Autoridad Nacional de la Competencia, y en buena medida, debe contribuir a la aplicación de la normativa de la competencia. Mayores dudas puede plantear la facultad prevista en el apartado c) del proyectado artículo 34 sobre las posibilidades de participar como parte en los procedimientos de control de las concentraciones económicas "representando el interés general". Y estas dudas surgen si se tiene el temor de que la Subsecretaría que se pretende crear pueda servir como instrumento de presión a la Autoridad sobre los criterios del Poder Ejecutivo en determinadas operaciones empresariales, que pueden consistir en patrocinar o bien prohibir determinadas operaciones empresariales por razones diferentes a las de competencia.

Por otra parte, a la Subsecretaría se le atribuyen algunas funciones (artículo 34, g) para la emisión de informes (si bien es cierto que a solicitud de la Autoridad Nacional de la Competencia) sobre medidas procompetitivas en diversos sectores. Podría considerarse que estas funciones deberían corresponder a la propia Autoridad Nacional de la Competencia, mediante la creación de una Dirección de Promoción o Abogacía de la Competencia, si bien, conforme se prevé en el artículo 28, es una facultad que corresponde al Tribunal y, por ello, la creación de esa Dirección o la atribución a cualquier otro departamento será competencia de la propia Autoridad. En cualquier caso, las reformas introducidas en 2016 van en esa línea de fortalecer la labor de promoción

de la competencia mediante la creación de una Dirección específica. El destinatario de tales estudios y recomendaciones sería el propio Poder Ejecutivo, y el hecho de que fueran realizados por un organismo independiente, ajeno al propio Gobierno, sin duda redundaría en el prestigio de su propio contenido, por no resultar sospechoso de la contaminación de que tales recomendaciones estarían motivadas por intereses gubernamentales.

El capítulo VI del proyecto está dedicado al presupuesto del propio organismo, que deberá ser realizado anualmente por la propia Autoridad Nacional de la Competencia para ser elevado al Poder Ejecutivo. Debería establecerse la posible existencia de recursos propios, tales como las Tasas por el estudio de operaciones de concentración.

En el capítulo VII del proyecto se regula el procedimiento, mediante proyectadas disposiciones que, aun cuando en principio vengan referidas tanto a los procedimientos de conductas como a los de concentraciones económicas, su contenido se refiere especialmente a los primeros, es decir, al expediente sancionador por conductas contrarias a la libre competencia. El procedimiento previsto en este capítulo responde, en nuestra opinión, a un adecuado equilibrio de los deberes de transparencia, otorgamiento de medios a la Autoridad para permitir la averiguación de las conductas contrarias a la ley, y derechos de defensa de las partes. El hecho de que se permita la participación en el procedimiento de terceros interesados facilita la posibilidad de que el Tribunal tenga en consideración la posibilidad de conocimiento de hechos y argumentaciones que no hayan sido previamente considerados en la instrucción realizada.

Por otra parte, se prevé la posibilidad (proyecto de artículo 47) de una terminación convencional en la medida en la que el presunto responsable podrá proponer, antes de la resolución del Tribunal, poner fin a la conducta; y si es admitida la propuesta por el Tribunal y en un periodo prudencial de tiempo se observa que se ha cumplido con el compromiso, se procederá al archivo de las actuaciones. Se trata de un sistema adecuado para poner fin a los procedimientos con el consiguiente ahorro de recursos públicos, pues se consigue de esta manera lo fundamental: poner fin a la infracción, incluso sin necesidad de sanción.

Dado que la pertinencia de la admisión de esta terminación convencional corresponde al Tribunal, se considera adecuada, si bien cabe hacer una reflexión. La posibilidad de propuesta de los compromisos es muy avanzada, ya que puede tener lugar hasta el dictado de la resolución, es decir, cuando ya se ha tramitado la práctica totalidad del procedimiento. Pues bien, en la medida en la que el objetivo de la terminación convencional consiste en poner fin, incluso sin necesidad de sanción, a las restricciones de competencia consiguiendo el ahorro de recursos públicos, ha de señalarse que este segundo objetivo se consigue de forma limitada en tanto en cuanto esa terminación del expediente cabe cuando la casi totalidad de esos recursos han sido utilizados (es decir inmediatamente antes de la resolución).

A este respecto, podría resultar de interés establecer un período anterior para la propuesta de terminación convencional, por ejemplo anterior a la conclusión de la instrucción, aun cuando, en cualquier caso, la Autoridad tendrá facultades para rechazar la propuesta de terminación convencional si es tardía. El sistema previsto en el proyecto, que no varía sustancialmente del actual, puede dar lugar a una situación en la que el presunto responsable de las conductas anticompetitivas retrase la propuesta de poner fin a las mismas hasta el último momento, es decir hasta tener una idea fundada de la posible decisión de la Autoridad, manteniendo en consecuencia las conductas anticompetitivas durante un mayor periodo de tiempo y, como se ha indicado, cuando la mayor parte de recursos públicos ya han sido utilizados por lo que el ahorro es limitado. Debería preverse, en consecuencia, un momento anterior para la propuesta de compromisos que pongan fin a las restricciones a la competencia. Igualmente, podría preverse que no sean admisibles los compromisos en los supuestos de infracciones más graves de las normas de la competencia, es decir, para los supuestos de carteles de núcleo duro, que deberían ser en cualquier caso objeto de sanción, con sus correspondientes efectos disuasorios.

El capítulo VIII del proyecto se dedica a regular las sanciones. El proyecto eleva de forma considerable el importe de las sanciones previstas en la legislación vigente. A tal fin, el proyecto toma en cuenta las recomendaciones relativas al incremento

del importe de las multas, especialmente por el efecto disuasorio de las mismas. El importe de las multas (tanto para los supuestos de las conductas anticompetitivas como para el supuesto de realización de una concentración económica contraria a la libre competencia sin notificarla) debe responder a dos criterios fundamentales: ser proporcionales y gozar de efecto disuasorio. Debe analizarse hasta qué punto el contenido del proyecto cumple estos criterios.

El proyecto de artículo 57 establece un triple criterio para el establecimiento de la multa:

- a) Hasta el 30% del volumen de negocios asociados al producto o servicio involucrado en el acto ilícito cometido durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de la infracción (criterio del mercado afectado)
- b) Hasta el 30% del volumen de negocios consolidado durante el último ejercicio económico del grupo económico al que pertenezcan los infractores
- c) El doble del beneficio ilícito obtenido por el acto ilícito.

En el supuesto de poderse calcular la cifra en dos o más de estos criterios, se aplicará el importe mayor. En caso contrario, el importe de la multa podrá alcanzar hasta 200 millones de Unidades Móviles.

Indudablemente, mediante los mecanismos y cálculos establecidos en el proyecto, se puede obtener el efecto disuasorio, aunque tal vez no pueda afirmarse que se cumpla con el criterio de la proporcionalidad.

En primer lugar, el criterio según el cual debe imponerse el importe de la multa que resulte mayor de los tres elementos contemplados, impide que exista un tope máximo relacionado con la cifra de negocios de la empresa o el grupo en cuestión. A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, en las que el importe de la multa establece un máximo relacionado con el volumen de negocios del grupo o empresa de que se trate, no existe ese límite. La finalidad de ese tope consiste en evitar que el importe de la multa haga inviable la continuidad de la empresa. Habitualmente, ese importe está establecido en el 10% del volumen de negocios del grupo de

que se trate. Por el contrario, en el proyecto ese porcentaje se establece en el 30%, (según el segundo de los criterios comentados) y aun por encima, teniendo en cuenta el juego de criterio establecido, según el cual el importe de la multa será el mayor obtenido, cuando fuere posible, por el máximo de los tres criterios mencionados. Cabe la posibilidad, por ejemplo, de que el cálculo obtenido según el primero de los criterios pueda superarse ampliamente el importe del 30% de la cifra de negocios de la empresa o del grupo y, previsiblemente, con ese importe de la multa se haría inviable la continuidad de la empresa. En tal supuesto, puede llegarse a la conclusión de que, al desaparecer un operador en determinado mercado, la competencia en ese mercado queda restringida. Es cierto que ese límite se refiere al volumen de negocios en la Argentina, pero aun así, para el supuesto de empresas argentinas sin presencia internacional, una multa de ese importe, de indudable valor disuasorio, podría ocasionar la quiebra de la empresa.

Por otra parte, otras medidas concebidas en buena medida como sanciones en el proyecto de ley acentúan el efecto disuasorio. En primer lugar, la posible exclusión de los responsables del Registro Nacional de Proveedores del Estado, que implica que la empresa afectada se verá incurso en una prohibición de contratar con el Estado, con las considerables consecuencias que ello puede acarrear.

La segunda de las medidas que acentúa el efecto disuasorio de las sanciones previstas es la inclusión entre los condenados a los responsables de la empresa que hayan cometido la conducta anticompetitiva (además, con el criterio adecuado de que el importe de la sanción no pueda ser abonado por la empresa) y especialmente, la inhabilitación prevista para ellos.

Respecto de las sanciones previstas en la legislación actualmente vigente, no se incluye la posibilidad de adoptar medidas estructurales, llegando incluso a la disolución de la empresa. En la medida en la que equivale a una medida extraordinariamente dura, su virtualidad puede resultar escasa.

Los criterios contemplados en el proyecto de artículo 58 para proceder al cálculo de la multa se consideran idóneos por cuanto introducen el elemento subjetivo a la hora de enjuiciar la

conducta, modificando en buena medida la rigidez a que podría dar lugar la aplicación estricta de los criterios del proyecto de artículo 57.

El capítulo IX regula el programa de clemencia, que constituye una novedad de gran significación en la legislación argentina. En efecto, la introducción del programa de clemencia constituye una innovación trascendental que resulta plausible, pues su ausencia suponía una deficiencia de la legislación que imposibilitaba, o al menos dificultaba, la persecución contra los carteles. En este orden de cosas, debe señalarse que en las conclusiones, a modo de síntesis, aprobadas por la OCDE en octubre de 2006, se proponía la introducción de un programa de clemencia como forma de fortalecer la actividad anticartel, recomendación consecuencia de la constatación de que, como se ha señalado, la actividad de persecución de los carteles por la autoridad argentina de la competencia había sido limitada⁹¹.

La propuesta del proyecto incorpora las experiencias más exitosas de los países que han aplicado el programa de clemencia, si bien, apartándose de los modelos tradicionales no limita la aplicación del programa a los carteles sino a cualquier conducta infractora basada en la concertación⁹². Las líneas del programa incluyen la posibilidad de perdón total o parcial de la multa.

Para el otorgamiento de la concesión de la exención se exige:

- Ser el primero en suministrar información y elementos de prueba de una conducta colusoria, aunque el Tribunal hubiera empezado una investigación pero en el momento de la solicitud no contara con elementos de prueba suficientes
- Cese inmediato de la conducta, salvo que, para facilitar la investigación, el Tribunal autorizara su continuación
- Cooperación plena en la investigación
- No destruir pruebas
- No divulgar el hecho de que se ha procedido a la solicitud de la exención.

Por otra parte, quien reúna los anteriores requisitos, a excepción de ser el primero en facilitar la información y pruebas, y siempre y cuando aporte a la investigación elementos adicionales a los

que ya se disponga, podrá tener una reducción que alcance entre el 80% y el 20% del importe de la sanción. Entre esas cifras, se graduará la reducción teniendo en cuenta el orden de la presentación de la solicitud.

Por otra parte, se introduce un supuesto que resulta de gran interés. Cuando a lo largo de una investigación, uno de los participantes en la conducta ponga en conocimiento de la autoridad la existencia de una segunda conducta, con independencia de la exención por esta, tendrá lugar la reducción de un tercio del importe de la multa que le hubiera correspondido por la participación en la primera conducta.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que, a diferencia de lo previsto en alguno de los anteproyectos manejados, no se impide la concesión de los beneficios de la clemencia a quienes hayan sido los promotores o líderes de la conducta.

El capítulo X del proyecto incluye, como novedad respecto de la legislación actualmente vigente, una regulación de las acciones de reparación de daños y perjuicios por infracciones en materia de competencia.

A tenor de lo previsto en los proyectos de preceptos incluidos en el este capítulo, quienes hayan resultado perjudicados por las conductas anticompetitivas, podrán reclamar ante la jurisdicción civil y comercial la reparación de estos daños. Indudablemente, la existencia de un procedimiento en virtud del cual los autores de conductas contrarias a la libre competencia no solo se vean expuestos a las multas y demás sanciones previstas, sino que se pueden verse obligados a resarcir los daños y perjuicios causados a los damnificados por tales conductas, puede fortalecer los efectos disuasorios de las otras medidas previstas en la ley.

Como quiera que la existencia de reclamaciones de daños y perjuicios puede desincentivar al programa de clemencia, el proyecto de ley propone medidas para evitar ese efecto, medidas que consisten en que el juzgador que deba resolver sobre la reclamación pueda reducir o exonerar la de aquella a quien le hayan sido concedidos los beneficios de la clemencia. Excepción hecha de la responsabilidad que les pueda corresponder frente a sus compradores o

clientes directos o indirectos, o para el supuesto de que la reparación de los daños no haya sido posible resarcirla de los restantes participantes en la conducta.

Por otra parte, si las acciones propuestas por la regulación contenida en este capítulo son iniciadas una vez que haya recaído resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia, ésta tendrá la consideración de cosa juzgada. Obviamente, como se ratifica posteriormente al establecer distintos plazos de prescripción, se pretende permitir tanto las acciones de seguimiento (aquellas que se inicien una vez sea firme la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) como las acciones independientes (aquellas que no precisan de una previa resolución firme de ese Tribunal).

El capítulo XI del proyecto propone regular, en un régimen no sustancialmente diferente del actualmente vigente, las apelaciones contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien la gran novedad se propone en lo previsto en el capítulo XII, consistente en la propuesta de creación de una Cámara especializada (la Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia) para conocer de los distintos recursos previstos contra las decisiones y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. El hecho de que la revisión jurisdiccional quede residenciada en una Cámara especializada, abundará en la calidad de las resoluciones judiciales dictadas en revisión de las decisiones y resoluciones de la Autoridad Nacional de la Competencia.

En el capítulo XIII del proyecto se proponen los plazos de prescripción, que consisten en cinco años para la persecución de las conductas prohibidas. En cuanto a las reclamaciones de daños y perjuicios, se establecen plazos diferentes para las acciones independientes, que es el de tres años desde el cese de la infracción o bien de su conocimiento por parte del perjudicado, respecto de las acciones de seguimiento, que se establece en dos años desde la firmeza de la resolución sancionadora.

El proyecto dedica el capítulo XIV el Régimen del Fomento de la Competencia, creando el Fondo de Fomento de la Competencia, que será

administrado por la Subsecretaría de Fomento de la Competencia.

Finalmente, el capítulo XV del proyecto se dedica a las Disposiciones Transitorias y Complementarias.

5. SITUACIÓN ACTUAL

En el análisis inter pares realizado en el seno de la OCDE en el año 2006 se realizaron determinadas propuestas para mejorar el sistema argentino de defensa de la competencia, entre ellas:

- Crear el Tribunal de Defensa de la Competencia. Al crearse un organismo independiente se conseguiría sacar del ámbito del poder político las decisiones en materia de defensa de la competencia.
- Aumentar el presupuesto del organismo de competencia.
- Fortalecer el despliegue de la actividad anticartel. A tal fin debería incrementarse el importe de las multas, fortaleciendo su efecto disuasorio, y sancionar a los responsables. Al mismo tiempo debería establecerse un programa de clemencia.
- Aumentar la eficiencia en las investigaciones de las conductas anticompetitivas. A tal fin debería establecerse un procedimiento más transparente, y, al tiempo, aumentar los umbrales para la notificación de las concentraciones.
- Revisar el régimen actual de control de concentraciones que permite que las partes culminen su fusión antes de que la autoridad de competencia finalice su examen.
- Liberar a la CNDC de la mayor carga política posible, hasta que se cree el Tribunal.
- Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de la libre competencia en la Argentina.
- Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen las apelaciones de los casos en materia de competencia.
- Ampliar las funciones de la autoridad de competencia en los sectores regulados.

El análisis de las actuaciones llevadas a cabo a partir de la aprobación de este informe debería llegar a conclusiones francamente desoladoras si no fuera por la presentación, en 2016, del proyecto de ley anteriormente comentado, así

como los importantes cambios llevados a cabo en ese mismo año mediante el nombramiento de un nuevo Presidente de la CNDC, unos nuevos comisionados y un nuevo equipo, pues no solo han elaborado la base del nuevo proyecto de ley que se está tramitando sino que han adoptado medidas para aumentar la eficiencia de la actuación de la CNDC.

Pero hasta el año 2016, en materia de diseño institucional no se ha llevado a cabo ninguna de las reformas propuestas por la OCDE, ni se ha fortalecido la independencia, ni se ha aumentado la eficacia de la actividad de lucha contra los carteles, ni se ha modificado el régimen de control de concentraciones, ni se ha creado el programa de clemencia. Por contra, en lugar de crear, como medio de fortalecer la independencia del sistema, el Tribunal se ha fortalecido la dependencia del poder político en la medida en la que se ha designado de forma permanente al Secretario de Comercio como Autoridad de Aplicación.

En 2005 se presentó un proyecto de ley por el que se creaba el Tribunal y se residenciaba en él las decisiones sobre concentraciones, pero no resultó aprobado.

Sin embargo, es preciso reconocer que a partir del año 2016 se han adoptado importantes medidas orientadas a mejorar el sistema argentino de defensa de la competencia, medidas que han sido apuntadas en el apartado correspondiente, pero que se resumen en el acortamiento de los plazos administrativos y mejora de los sistemas burocráticos, la designación de nuevos miembros de la CNDC, una reestructuración de su personal y formación de los mismos, una delegación de facultades que corresponden a la Autoridad de Aplicación (Secretario de Comercio) en la CNDC⁹³, y una nueva estructura organizativa de ésta, que está redundando en un adecuado cumplimiento de sus funciones.

Los esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la defensa de la competencia argentina, que han sido objeto de análisis a lo largo del informe, redundarán, sin lugar a dudas, en beneficios para los consumidores (mejores precios, calidad y variedad de productos), así como en la generación de un clima de inversión positivo de la comunidad empresarial tanto nacional como internacional.

6. CONCLUSIONES

Primera. Las recomendaciones realizadas en el examen inter pares de 2006 en el seno de la OCDE siguen vigentes. En particular, durante los años transcurridos desde la aprobación de tales recomendaciones hasta 2016, no se había mostrado al parecer una disminución de la influencia política en la aplicación de las normas de la competencia, si bien a partir de ese año se pueden observar avances considerables en cuanto a la reducción de esa influencia política.

Segunda. A partir del año 2016, se han adoptado importantes iniciativas, tanto en el orden organizativo de la CNDC como en la propia actuación de este organismo, que van orientadas en el sentido de fortalecer la independencia y la eficacia de la Autoridad de la Competencia.

Tercera. El hecho de que se hayan delegado en la CNDC las facultades que corresponden al Secretario de Comercio, como la Autoridad de Aplicación, abunda en la conclusión anterior y pone de manifiesto la voluntad de fortalecer el sistema argentino de defensa de la competencia en consonancia con las líneas básicas de las mejores prácticas internacionales.

Cuarta. La presentación de un proyecto de ley de defensa de la competencia significa igualmente la exteriorización de un compromiso en línea con las recomendaciones efectuadas en 2006. Con total respeto a la soberanía encarnada en el Poder Legislativo de la República Argentina, deben formularse votos por la rápida aprobación del proyecto, que significará que el sistema argentino de defensa de la competencia podrá disponer de una ley avanzada en línea con las mejores prácticas internacionales.

Quinta. El contenido del proyecto de ley presentado recoge la totalidad de las preocupaciones puestas de manifiesto en repetidas ocasiones, y ya apuntadas en 2006, tales como aumentar los umbrales para la notificación de las operaciones de concentración, regular los efectos suspensivos de la notificación, acortar los plazos para la tramitación de los expedientes, implementar un programa de clemencia y la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia. Al tiempo, el sistema elegido para el nombramiento de quienes han de formar parte de él y su inamovilidad durante el tiempo para el que serán nombrados resultan elementos idóneos para fortalecer su independencia frente al poder político y los intereses económicos.

Sexta. Hasta que se apruebe la nueva ley, resulta necesario recomendar que se sigan haciendo esfuerzos para el acortamiento de los plazos de tramitación de los expedientes, tanto en materia de comportamientos, como en control de concentraciones. En este orden de cosas, sería conveniente que los plazos marcados en la ley fueran considerados como preclusivos y no simplemente reglamentarios, como ocurre en la actualidad, de manera que el transcurso de los mismos, sin interrupciones debidamente justificadas, conllevara la caducidad del expediente.

Séptima. A partir de 2016, la nueva Comisión, de acuerdo con el Secretario de Comercio, ha desempeñado una importante labor de promoción de la competencia, no solo mediante la creación de la Dirección de Promoción, sino mediante la elaboración de un informe sobre el mercado de tarjetas de crédito que ha tenido una importante repercusión en la vida económica. Debe insistirse que la promoción de la competencia resulta un instrumento muy idóneo para crear cultura de la competencia, por lo que debe instarse a su intensificación.

Octava. En paralelo a la aprobación del proyecto de ley, e incluso con antelación a la misma, debe dotarse a la Comisión de suficientes medios económicos para permitir el ejercicio de sus funciones sin depender de la voluntad política del Poder Ejecutivo, al tiempo que arbitrar fórmulas más flexibles de contratación del personal. Con ello se permitirá el acceso a la autoridad de competencia de los mejores profesionales y, por lo tanto, redundará en su prestigio. Es importante dotar a la Autoridad de los recursos financieros necesarios. En este sentido podría considerarse la creación de una tasa por control de las concentraciones, la cual aseguraría el incremento de recursos de la Autoridad y reforzaría su independencia económica.

Novena. Se debe facilitar la aplicación privada de las normas de la competencia, facilitando procedimientos idóneos para que los perjudicados por la infracción de las normas de la competencia puedan reclamar los daños y perjuicios causados y se permita así un nuevo elemento disuasorio de las infracciones. En la regulación, sería necesario contemplar los conflictos que se pueden plantear en este campo con el programa de clemencia y establecer mecanismos para que este programa no quede desincentivado por el temor del inicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios.

NOTAS

1. Artículos publicados en Globaltrade.net: "Market Analyses about Argentina", así como información publicada en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Ministerio de Agroindustria.
2. Aproximadamente \$EE.UU.779 billones en 2018 y \$EE.UU.925 billones en 2019.
3. Fondo Monetario Internacional: "2016 Article IV Consultation – Press release; staff report; and statement by the Executive Director for Argentina", pág. 43.
4. Eduardo Tambussi, Carlos: "Defensa de la competencia en la Argentina: aspectos constitucionales y vinculación con el derecho de usuarios y consumidores", ISSN 2313-1861, LEX N° 14, 2014.
5. Basterra Marcela: "La defensa de la competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25.156". Doctrina Judicial (2003-2), págs. 837-844.
6. Cabe destacar que las Leyes 11.210, 12.906 y 22.262 fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1853-1860, que no contenía ninguna previsión específica a la defensa de la competencia.
7. Constitución de la Argentina, artículo 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...".
8. Para un análisis más extenso de los antecedentes legislativos, véase Cabanellas (1992).
9. Como dato curioso se puede señalar que en el film "Gilda", de Charles Vidor (1946) a los europeos les llamaba la atención en aquellos años que la policía argentina persiguiera a uno de los personajes por promover un cartel mundial del wolframio. En el seno de la International Competition Network (ICN), los países en cuyas legislaciones las sanciones por infracción en materia de competencia tienen carácter penal, con Estados Unidos de América a la cabeza, insisten en que los países que incardinan sus normas de competencia dentro del derecho administrativo sancionador (considerando sus infracciones como ilícitos administrativos) legislen criminalizando algunas de las conductas anticompetitivas, particularmente los carteles.
10. En 2009 y en el marco de un estudio realizado por la Office of Fair Trading británica (An assessment of discretionary penalties regimes) se llevó a cabo una encuesta selectiva dirigida a empresas y abogados de competencia sobre el valor disuasorio de cinco medidas (criminalización, inhabilitación de directivos, multas, daño reputacional e indemnización de perjuicios) tanto empresas como abogados le dieron el mayor valor disuasorio a la criminalización (es de destacar que a la hora de valorar el carácter disuasorio de las otras medidas no se produjeron las mismas coincidencias; por ejemplo, las empresas concedían, al contrario que los abogados, escaso efecto disuasorio a las multas).
11. En enero de 1999, la petrolera española Repsol compró el 14,99% de las acciones de YPF al Gobierno argentino e, inmediatamente, lanzó una Opa a \$EE.UU.44,79/acción sobre el resto de las acciones de YPF. Tras decretarse en 2012 la intervención de YPF por parte del Gobierno de la Argentina, finalmente se aprobó la expropiación del 51% de las acciones de YPF propiedad de Repsol (Repsol ostentaba un 57,4% del accionariado).
12. Antes de ser reformada por la Ley 26.993, en el año 2014.
13. Ruiz Díaz Labrano, Roberto: "Globalización, el derecho del mercado y la defensa de la competencia en el MERCOSUR", págs. 215-217.
14. La Ley 26.993 creó el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, como parte de un paquete de reformas impulsadas en 2014 por el Gobierno de Cristina Kirchner, con el objetivo de ejercer un mayor control sobre los precios y combatir el contexto inflacionario.
15. El artículo 8 de la Ley 25.156 establece que los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14, esto es, una vez que la autoridad de control apruebe, condicione o rechace la operación, o bien la misma se tenga por aprobada en forma tácita. Por lo tanto, si bien el mecanismo que establece la normativa argentina en materia de control de concentraciones es el de notificación previa el citado artículo establece que las operaciones de concentración económica que reúnan los requisitos allí establecidos deben 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...”, haciendo que en la práctica, el control de concentraciones en la Argentina se haya desarrollado como un régimen ex post desde su creación.
16. Bonzón Rafart, Juan C.: “Derecho de la competencia”, ERREPAR, DPTyE, N° 23, mayo de 2012, cap. 4: “Conductas prohibidas”.
 17. La Ley 25.156 define en sus artículos 4 y 5 la posición dominante y cuáles son los factores a tener en cuenta para establecer su existencia.
 18. Bonzón Rafart, Juan C. “Ley de defensa de la competencia: Ámbito territorial. Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Principio de realidad económica”, ERREPAR, noviembre de 2012.
 19. Estas tres formas que pueden adoptar las colusiones para aumentar su poder de mercado no son mutuamente excluyentes, sino que muy al contrario, en muchas ocasiones se complementan para lograr aumentar una mayor efectividad.
 20. Malis, Ismael; Povolo, Diego; y Pereda, Jorge: “La lucha anticartel en la Argentina”. Informe de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
 21. Giner Parreño, César, “Distribución y Libre Competencia (el aprovisionamiento del distribuidor) Editorial Montecorvo, Madrid 1994. En la normativa de la Unión Europea (UE) durante años ha sido extensa la regulación de las restricciones verticales mediante los Reglamentos de Exención por Categorías, que reúnen las características de los acuerdos para, a pesar de restringir la competencia, merecen una exención a tenor del artículo 101.3 del Tratado. Cualquier sistema de distribución restringida tiene por objeto o efectos limitar la competencia, pero al tiempo tales acuerdos son beneficiosos para los consumidores en la medida en la que permiten que les lleguen un mayor y mejor número de productos. Por ello merecerán una exención siempre que no incluyan determinadas cláusulas (por ejemplo, la fijación vertical de precios). Hasta 1999, imperó en la normativa de la UE durante años un criterio formalista, que cambió en 1999 con la aprobación del Reglamento 2790/99 sobre Restricciones Verticales (actualmente sustituido por el Reglamento 330/2010), en el que entraron en consideración elementos propios del análisis económico del derecho, criterios en los que se profundiza en el reglamento vigente. Por lo tanto, las normas europeas van flexibilizando su consideración sobre los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales. Por otra parte, en los primeros años de la aplicación de las normas de la competencia europeas hubo un buen número de decisiones condenando restricciones verticales, pero en los últimos años se ha reducido ese panorama y la actividad primordial de la Comisión en materia de la competencia se centra en los carteles y los abusos de posición dominante. Esa tendencia se explica por el hecho de que los objetivos de la Comisión Europea no se limitan a conseguir un régimen en el que la competencia no esté afectada, sino que también se persigue la creación de un mercado común, y ciertas formas de distribución pueden dificultar ese objetivo.
 22. Como ejemplo de un abuso explotativo destacamos el caso YPF, y de abuso exclusionario, la Resolución Clorox.
 23. Esta interpretación aparece en Cabanellas (1983), capítulo 5; y se condice con lo que expresa la exposición de motivos de la Ley 22.262.
 24. El término “influencia sustancial” ha sido objeto de numerosos debates en materia de defensa de la competencia. La CNDC a través de su jurisprudencia ha intentado aclarar el alcance del término. En el trámite de la Opinión Consultiva N° 124 determinó que “...la influencia decisiva (o sustancial) significa el poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa...”. Años más tarde, a través de la Resolución 4/2009, de fecha 9 de enero de 2009, estableció que “...la influencia sustancial podrá eventualmente lograr intensidad suficiente para transformarse en una influencia ‘controlante’ o ‘de control’, ya que el control es una influencia que otorga dominio a la voluntad social (y obviamente con ello a los negocios sociales)...”.
 25. El Reglamento de la Comisión Europea N° 1310/9729, en su artículo 3, define como “concentraciones” a las operaciones que provocan un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas.
 26. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, tomo 2, pág. 279.
 27. Bonzón Rafart, Juan C.: “Concentraciones y fusiones”, ERREPAR, agosto 2013.
 28. Molina Sandoval, Carlos: “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino”, 2010.
 29. Conforme se define en la Resolución 164/2001, anexo I, “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas”.
 30. Nochteff, Hugo y Soltz, Hernán “Defensa de la Competencia” Plan Fénix, FCE/UBA, febrero de 2003.
 31. Otamendi, Jorge: “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”, la Ley 1999-F, 1087.
 32. OCDE y BID: “El control de concentraciones económicas en la República Argentina”.
-

33. El procedimiento para la notificación de operaciones de concentración económica ha sido instrumentado de forma más detallada a través de la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica (conf. Resolución N° 40/01), que complementa la Ley de Defensa de la Competencia, detallando los formularios a presentar (F1, F2 y F3) y los distintos requerimientos de información de acuerdo con la complejidad de la operación objeto de notificación.
34. El artículo 8 del Decreto 89/2001, reglamentario de la Ley 25.156 define el concepto de “empresas afectadas” incluyendo en el concepto tanto a la empresa respecto de la cual se tome el control como la empresa que adquiera dicho control.
35. Aproximadamente \$EE.UU.12,5 millones.
36. Adicionalmente, el artículo 10 establece otras excepciones a la notificación obligatoria, a saber: “a) las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones; b) las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; c) las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina; d) adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año)”.
37. Con la excepción de que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de 60.000.000 de pesos (aproximadamente \$EE.UU.3,75 millones) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.
38. De acuerdo a lo estipulado en la Resolución 190 – E/2016 del Secretario de Comercio, mediante la cual se encomienda a la CNDC llevar adelante la investigación e instrucción de los expedientes que se inicien, o ya fueran iniciados en virtud de la Ley 25.156 y establece las facultades del organismo a tal efecto.
39. Es competente en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 58 de la Ley N° 25.156, el Decreto N° 357 de fecha 21 de febrero de 2002 y sus modificaciones y el Decreto 718/2016.
40. Conforme lo establecido en el artículo 8 de la Ley 25.156.
41. No obstante lo establecido en el artículo 8 de la Ley 25.156 en cuanto a los efectos legales de los actos sometidos a notificación obligatoria, la jurisprudencia de la CNDC ha dicho que “... la operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encuentra sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma... aun estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberán volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación”. CNDC, Opinión Consultiva N° 62 de fecha 29 de agosto de 2000.
42. Aproximadamente \$EE.UU.62.500.
43. La media de tramitación de los expedientes de concentración alcanzaba antes de 2016 los 3,2 años, a pesar de la escasa dificultad de buena parte de los casos como consecuencia de los bajos umbrales exigidos para la notificación. Tras el nuevo impulso realizado a partir de ese año, dicho promedio se ha reducido a 1,9 años.
44. Orlanski, Leonardo T: “La defensa de la competencia desde el derecho público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable”. Cuestiones de Intervención Estatal, Universidad Austral. Jornadas 2010.
45. Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O’Farrel Mairal) artículo de fecha 31 de octubre de 2014, “Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”.
46. Dictamen de fecha 22 de junio de 2006 “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II” (S.C.C. 1216 L. XLI) y Recreativos Franco s/ apel. resol. CNDC (SC, R.1172, L. XII).
47. El artículo 24 le confiere la Autoridad de Aplicación facultades investigativas básicas, incluidas las de realizar estudios de mercado; celebrar audiencias y recibir declaraciones; examinar libros y documentos; y practicar allanamientos previa autorización judicial. Asimismo, faculta al organismo para emitir opinión en materia de competencia; elaborar sus reglamentos internos; promover acciones ante la justicia; actuar con las dependencias competentes en la negociación de convenios internacionales en materia de políticas de competencia; y celebrar acuerdos de consentimiento en los casos.
48. Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O’Farrel Mairal), artículo de fecha 31 de octubre de 2014, “Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”.
49. Vid. Apartado 3.4 Concentraciones económicas, “Caso Telefónica–Telecom” del presente informe.
50. Según el Artículo 8° de la Ley N° 22.262, dos de los vocales de la citada Comisión deben ser abogados y dos profesionales en ciencias económicas con reconocidos conocimientos en las materias propias de dicha ley y con

- al menos treinta años de edad y cuatro años de ejercicio en la profesión. Asimismo, de acuerdo con el artículo primero del Decreto 1190/2016, los 4 vocales tendrán jerarquía de Subsecretario.
51. La CNDC profundiza el análisis usando nueva información que obtiene a través de requerimientos de información y llamados a audiencia de los actores relevantes.
 52. Trevisán, Pablo: "Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia", JA 2013-IV, fascículo n. 4., Ed. La Ley, Buenos Aires, 23 de octubre de 2013.
 53. Históricamente, este tipo de demandas civiles de reclamación daños y perjuicios como consecuencia de las violaciones de las normas de competencia se han dado con mayor frecuencia en Estados Unidos, y aunque en el Derecho de la UE su desarrollo ha sido más lento, ha habido numerosos avances legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre esta materia. Así, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE "Courage" y "Manfredi" ponen de manifiesto este elemento disuasorio de la reclamación de daños. Como consecuencia del debate que se abrió, la Comisión Europea inició un proceso de reflexión que concluyó con la aprobación de la Directiva 2014/104 de 26 de noviembre sobre Reclamación de daños e Indemnización de Perjuicios por infracciones en materia de competencia.
 54. A modo de ejemplo citamos la reclamación privada promovida por Auto Gas S.A., en el marco de la investigación a la entidad Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Decisión N° 314 emitida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia el 19 de marzo de 1999, más tarde ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en su Sentencia Fallos 325:1702).
 55. Trevisán, Pablo: "Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia", año LXXIX n° 39., Ed. La Ley, Buenos Aires, 27 de febrero de 2015.
 56. Puede servir de modelo la Directiva de la UE de noviembre de 2014 que ha sido anteriormente citada.
 57. Entre otros, Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c. Estado Nacional, S.C., B 1626, L.XLII; Cencosud S.A. s/apelación resolución Comisión Nac. de Defensa de la Competencia, S.C., C.73, L.XLVIII.
 58. Conforme ha sido mencionado, a partir de la modificación establecida por el Decreto 1/2016 y 718/2016, la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de Argentina es la Autoridad de Aplicación de la LDC.
 59. De Dios, Miguel Ángel: "Un paso en falso en el Diseño Institucional para la Defensa de la Competencia" Revista de Derecho Constitucional, Número 6, IJ-LXXVII-977, mayo de 2015.
 60. Dicho Decreto fue modificado posteriormente por el Decreto 741/2015.
 61. Mediante la Resolución del Secretario de Comercio 190/2016.
 62. La tendencia a tramitar la totalidad de las denuncias ocasiona que buena parte de los medios materiales y personales se destinen a tramitar conductas sin trascendencia, impidiendo que sean destinadas a la persecución de las conductas más graves, al tiempo que se produce un alargamiento del tiempo dedicado a la tramitación de cada uno de los expedientes.
 63. Si se tiene en cuenta la duración de la mayor parte de los casos analizados, los plazos se alargan considerablemente, en la medida en la que se acude con frecuencia a paralizaciones con efectos interruptivos. Los avances en orden a acortar los plazos de tramitación de los procedimientos son considerables, dado que la duración media de los expedientes sancionadores era antes de 2016, de 4,9 años. En la actualidad, a pesar de la importante acumulación de asuntos pendientes, la tramitación media de los casos nuevos ha bajado a siete meses.
 64. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 14 de abril de 2015, en los autos "Cencosud S.A. s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia".
 65. Sentencias de la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, del 21 de octubre de 2009 en los autos "Telefónica de España, Olimpia y otros s/ diligencia preliminar s/ Ley 25.156. Incidente de verificación de cumplimiento de resolución 44/09" y del 14 de julio de 2011 en los autos "Papel Prensa s/ incidente de apelación".
 66. Entre los supuestos en los que se ha aceptado esta forma de terminación del expediente pueden destacarse los casos Nielsen (n° S01: 0266963/2003); Cooperativa de Lancheros Comandante Luis Piedrabuena (n° S01 0179868/2002); Cablevisión (n° 064-010050/2001); Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros (n° 064-011479/1999), y Royal Canin (n° S01:0112741/2010).
 67. Aproximadamente \$EE.UU.650.
 68. Aproximadamente \$EE.UU.9 millones.
-

69. En la legislación vigente se ha suprimido el elemento relativo al beneficio ilícito de la legislación anterior, elemento que permitía incrementar el importe de las multas, como se ha hecho en diversas ocasiones. La supresión de tal elemento se considera como un paso atrás por cuanto el importe máximo de las multas, como consecuencia del proceso inflacionario, queda reducido a una multa de algo más, en la actualidad, de nueve millones de dólares de Estados Unidos, cantidad esta que no puede tener efecto disuasorio efectivo.
70. En la reforma de 2014 se somete la revisión jurisdiccional a la competencia de la Cámara de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, Cámara que no se llegó a crear. Conforme lo establecido en el artículo 76 de la Ley 26.993, hasta la creación de este fuero, continuarán entendiendo aquellos tribunales que venían haciéndolo hasta la sanción de esa ley.
71. Como se ha indicado, el criterio del beneficio ilícito fue suprimido en la Ley de 1999.
72. En algunas estimaciones se considera que el beneficio ilícito asciende, cuanto menos, al 10% de las ventas del producto afectado por el cartel.
73. Germán COLOMA, "La Ley argentina de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación", La Ley (Suplemento UCEMA) págs. 1 y 2, 6 de julio de 2007, y del mismo autor un trabajo mecanografiado "Cartelización y relaciones verticales: comentarios sobre tres casos argentinos de defensa de la competencia".
74. Resolución del Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor de 12 de agosto de 2001, que siguió el criterio de la CNDC.
75. Germán COLOMA: Integración vertical o cartelización: El caso del fútbol codificado" Derecho Comercial y de las Obligaciones, nº 2008 págs. 1032-1047, año 2004.
76. Sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de lo Penal Económico de 29 de agosto de 2003.
77. La conducta analizada es un claro ejemplo de conducta exclusionaria (negativa de ventas, limitación de descuentos...), si bien del texto del Dictamen no se deduce con claridad que el mercado relevante sea tan estrecho como el de las aguas lavandinas, en la medida en que no queda claro si existen otros productos sustitutivos; de la misma forma, parece que es un hecho notorio la posición de dominio en ese mercado de Clorox, pero habría sido conveniente la remisión a datos públicos para argumentarla.
78. El camerista Dr. Bonzón disintió de la opinión mayoritaria y, aplicando el concepto de la "realidad económica", explicó en un largo voto particular los criterios por los que consideraba que la Resolución recurrida debería ser confirmada.
79. Por el contrario, el camerista disidente entró en el fondo de la operación y consideró que la misma constituía una concentración y afectaba a la competencia, por cuanto la restringía en los mercados de telecomunicaciones en la Argentina.
80. Las empresas involucradas en la concentración se obligaban a no abrir nuevas salas de exhibición cinematográfica en dichas zonas por un período de cinco años, período que podría acortarse si terceros operadores abrieran nuevas salas en ellas durante el mismo. En cuanto al compromiso respecto de los precios, se refiere a la obligación de no modificar en el mismo período de cinco años la relación de precios existentes en la zona respectiva y un mercado de referencia, que será el de la provincia de Mendoza.
81. En el mercado geográfico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien las participaciones en facturación de las empresas que se concentraban superan esa cifra, las participaciones del conjunto de las empresas que se concentraban según el número de espectadores se encontraban en el año 2013, en el 39,95%.
82. En virtud de un Convenio entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 1992, las partes contratantes se comprometieron a que cada una de ellas concedería a la compañía de la nacionalidad de la otra una licencia para operar en la ruta entre Buenos Aires y Londres con una frecuencia de siete días a la semana. A pesar de que la situación ha cambiado como consecuencia de la liberalización del mercado aéreo, ninguna compañía argentina ha solicitado hacer uso de tal compromiso.
83. Podría pensarse que con la condición se evitaba la posibilidad de supresión de la línea directa BA/Londres, y con ello el fortalecimiento de la posición de Iberia. Pero, por otra parte, cualquier estudio sobre esa medida llevaría a la conclusión de que esa supresión ocasionaría no solo el fortalecimiento de Iberia (que difícilmente absorbería en sus vuelos indirectos la totalidad de la cuota de BA en su vuelo directo) sino que otras compañías ampliarían su cuota de mercado. Por ello la cuota de mercado, y por tanto su posición dominante, de IAG en esa línea se reduciría.
84. El Presidente de la CNDC disintió del parecer mayoritario y emitió un Dictamen en el que proponía el sometimiento de la operación a ciertas condiciones.

85. Si en febrero de 2016 había 144 personas en la CNDC, el número se redujo el mes siguiente a 87 y, con la nueva contratación de especialistas se ha establecido la cifra, en marzo de 2017, en 110 personas.
 86. Durante el 2016 se han venido desarrollando actividades de formación para el staff, a cargo de funcionarios de la FTC, DOJ, IADB; World Bank, OECD, así como el curso de la escuela INDECOPI – UNCTAD/COMPAL o la realización de la semana de la competencia, en la que participaron las autoridades de las agencias de la región.
 87. Aunque en el PL, siguiendo el criterio de la legislación actual, incluye en el segundo párrafo de su artículo primero una conducta unilateral que puede ser realizada por quien no se encuentre en posición dominante: la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas. Normalmente se trata de una conducta de competencia desleal que si tiene consecuencias para el funcionamiento del mercado, puede ser conceptualizada igualmente como conducta contraria a la libre competencia.
 88. La aplicación de la legislación de la competencia a los Colegios Profesionales ya ha tenido lugar, por ejemplo, en una serie de actuaciones contra los Colegios Médicos, que prohibían a sus colegiados contratar con otras compañías médicas.
 89. Según el proyecto de artículo 89: "A los efectos de la presente ley defínase a la Unidad Móvil como unidad de cuenta. El valor inicial de la Unidad Móvil se establece en quince (15) Pesos, y será actualizado automáticamente cada un año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) o el indicador oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará el último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la Unidad Móvil en su página web". De acuerdo con este proyecto de disposición de ser aprobado el proyecto en los términos previstos, el umbral de notificación aumentaría de los doscientos millones de pesos actuales a dos mil doscientos cincuenta millones de pesos, lo cual evitaría la tramitación de expedientes, con la consiguiente utilización de recursos públicos, de control de operaciones de concentración que, por su escasa importancia, nula repercusión pueden tener en las condiciones de competencia.
 90. Conforme lo establecido en el artículo 38 del proyecto todos los plazos se contarán por días hábiles administrativos.
 91. Y sometidas a control jurisdiccional.
 92. "El organismo también debería establecer un programa de indulgencia que prevea la supresión de las sanciones contra el primer miembro de un cartel que proponga su colaboración". Desde 2001, la OCDE viene recomendando la aprobación de programas de clemencia.
 93. La aplicación del programa de clemencia a las restricciones verticales no constituye un ejemplo habitual en otras legislaciones, aunque en algunos casos (por ejemplo, en Colombia) está previsto.
 94. La CNDC fue nominada para el premio internacional Antitrust Writing Awards organizado por Concurrences Institute of Competition Law and George Washington University Law School, Competition Law Center.
-

