**Ley de defensa de la competencia: Interesante propuesta de actualización y necesidad de mayor impulso político**

Agustín Siboldi[[1]](#footnote-2)

# Introducción

A esta altura de los tiempos, la necesidad de contar con una moderna legislación en materia de defensa de la competencia reconoce amplios consensos. Ello resulta indiscutible a nivel internacional, donde se multiplican las jurisdicciones que han adoptado dicha legislación y organizado una autoridad de aplicación robusta y en el centro de una política de largo plazo de regulación de la actividad económica. En el marco nacional, ese consenso se vé reflejado en la significativa actividad que ha tenido nuestro Congreso Nacional en los últimos años.

Desde otro punto de vista, en nuestro país se observa una realidad económica que muestra numerosos sectores con alto grado de concentración –es decir, con pocos oferentes o demandantes-, arraigados hábitos de intercambio de información sensible para la competencia y posiblemente de coordinación –en muchos casos resultado de las políticas de definición de precios que adoptara la conducción económica saliente-, con fuertes distorsiones de precios, a poco que uno compare los precios locales con aquellos que se registran en los países vecinos, y, el más absoluto caos que se pueda imaginar en materia de información de precios, promociones y descuentos, donde ningún consumidor conoce a ciencia cierta el precio normal de las cosas ni su precio con descuento.

Planteada en tales términos, la modernización de la ley argentina de defensa de la competencia es tan importante como urgente. Importante porque se trata de la columna vertebral de todo sistema económico y porque nuestra constitución nacional define con toda claridad su carácter de piedra fundamental de nuestro sistema de derecho (art. 42)[[2]](#footnote-3). Urgente por el diagnóstico imperante de que amplios sectores de la economía argentina que no se comportan como exige el sistema económico y nuestra constitución nacional.

Es por ello que en el título mismo de este artículo ponemos énfasis en la necesidad de que nuestra dirigencia política priorice la cuestión.

Si bien debe reconocerse que las actuales autoridades parecen comprender cabalmente la referida importancia y urgencia, en la medida en que han renovado exitosamente la actual autoridad en la materia y generado un excelente proyecto de ley para la modernización de la actual ley de defensa de la competencia[[3]](#footnote-4); su discusión no parece ocupar prioridad suficiente en el arco opositor y parece haber perdido impulso en el oficialismo.

Nos animamos a arriesgar que toda la política en la materia depende de la pronta sanción de un nuevo y moderno marco legal, ya que el régimen vigente carece en absoluto de las características básicas que hacen a su efectividad, estrictamente vinculada con la potencia disuasoria del régimen, como lo son la cuantía de la multa y la posibilidad cierta de que una práctica violatoria de la ley de defensa de la competencia sea detectada, sancionada y dicha sanción sea cumplida en un plazo razonable, con el debido respeto a las garantías constitucionales de defensa en juicio.

Creemos que este ensayo lo demuestra cabalmente.

Nos encontramos por tanto en incumplimiento del mandato constitucional en una materia fundamental para nuestro sistema democrático, como lo es un sistema económico competitivo, que es el medio para que la enorme mayoría de quienes habitan nuestro país satisfaga sus derechos tanto económicos como humanos.

Dicho ello, nos ocuparemos a continuación de revisar los cambios propuestos a fin de modernizar nuestra legislación en la materia, a cuyo fin recogeremos los comentarios producidos por para la “International Bar Association” (“IBA”) y la “American Bar Association” (ABA”), aquellos otros que se han observado en distintos foros locales, a la vez que daremos nuestra propia opinión. Ambas organizaciones internacionales han encontrado que el proyecto –si bien perfectible- implica una notoria y sustancial mejora frente al estado actual de la legislación argentina de defensa de la competencia.

Como anticipamos ya, en nuestra opinión el proyecto propuesto es muy auspicioso y debería ser una prioridad absoluta para nuestra dirigencia.

# Incorporación de sanciones “per se”; nueva definición de “posición dominante” y prohibición de participación en directorios de sociedades competidoras. Reflexiones:

### Establecimiento de prácticas “per se” (art. 2° del proyecto).

La actual ley argentina de defensa de la competencia establece que en todos los casos deberá demostrarse el perjuicio “al menos potencial” al bien jurídico protegido, el “interés económico general” que puede ser definido como el excedente total de los agentes económicos, esto es, el excedente del consumidor más el excedente del productor[[4]](#footnote-5), que no es otra cosa que la resta entre el valor[[5]](#footnote-6) que tienen para los consumidores los bienes o servicios producidos y ofrecidos y el costo que tiene para las empresas producir y vender dichos bienes. Sigue al respecto el modelo de la legislación europea en la materia, por oposición al de los Estados Unidos de Norte América (“EEUU”) que establece que ciertas conductas –los “cárteles” o “acuerdos colusivos duros”- son sancionables ante la acreditación de su mera existencia, sin exigirse la acreditación del perjuicio al bien jurídico protegido, conocidos como conductas “per se”[[6]](#footnote-7).

El proyecto propone incorporar dicha figura para las siguientes conductas:

*“Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere:*

*1. Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado;*

*2. Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;*

*3. Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento;*

*4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.*

*Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno.”*

Las conductas incorporadas son aquellas que nuestra Corte Suprema ha aceptado generan una presunción de afectación al menos potencial al bien jurídico protegido por nuestra ley de defensa de la competencia[[7]](#footnote-8), por lo que en sentido estricto sólo se trata de reflejar aquello que la jurisprudencia ya ha receptado, lo que parece auspicioso dado que mejora los efectos “disuasorios” de la ley que apunta a evitar que este tipo de conductas se concreten.

Tal propuesta no ha merecido objeciones de parte de la IBA o de la ABA y en nuestra opinión es una reforma valiosa dado que –justamente- incorpora al tipo legal la evolución que ha registrado la jurisprudencia en cuanto a la valorización de las pruebas en materia de defensa de la competencia[[8]](#footnote-9), vía por la cual se potencian –como decíamos- los efectos disuasorios de la ley.

Por otro lado, se han escuchado críticas a esta propuesta a partir del hecho que los supuestos que se busca sancionar “per se” no excluyen en forma expresa aquellos acuerdos que si bien restringen en algún grado la competencia, se encuentran justificados por las ganancias de eficiencias que obtienen, sin que existan alternativas conocidas que permitan el mismo resultado con una menor limitación a la competencia.

Desde nuestro punto de vista, los incisos propuestos no reconocen tal implicancia toda vez que en modo alguno se puede leer en ellos un tipo legal que tienda a prohibir tales acuerdos, que producen ganancias de eficiencia. Se trata –por ejemplo- de acuerdos de producción conjunta, muy utilizados en la industria automotriz; o bien el intercambio de participaciones en áreas de exploración de hidrocarburos a fin de distribuir los riesgos exploratorios, o consolidar la venta del producido en uno de los socios, para evitar la dispersión de esfuerzos comerciales; la estandarización de productos que asegura su compatibilidad e interconexión con otros (muy usual en telecomunicaciones y en equipamientos tecnológicos); la generación de centros de consolidación de envases o información o validaciones (conocidos genéricamente como *clearing house*), por nombrar algunos casos.

En efecto, las cuatro conductas que se busca sancionar “per se” reflejan acuerdos que buscan establecer un precio “supracompetitivo” por la vía directa de establecer un precio dado por arriba del precio de equilibrio del mercado o bien en forma indirecta al limitar la cantidad ofrecida o en virtud de la división geográfica del mercado o bien a través de la distribución y reserva de la clientes. Nada allí refiere a posibles ganancias de eficiencia y, por cierto, la afectación al menos potencial el bien jurídico protegido por la ley 25156, tal y como el mismo ha sido definido por la jurisprudencia, resulta en nuestra opinión patente.

### Definición del bien jurídico protegido por la ley (art. 1).

El punto anterior nos lleva a preguntarnos acerca de la definición del bien jurídico protegido por la ley 25156 bajo la fórmula “interés económico general”. Este concepto ha sido analizado y su contorno definido tanto por la autoridad de aplicación como por la jurisprudencia. Tomando provecho de ello, quizá sea recomendable avanzar en algún tipo de definición legal de dicho concepto a fin de evitar que la ley pueda ser utilizada para propósitos distintos de lo que el derecho comparado entiende por bien jurídico protegido por las leyes de defensa de la competencia, como –lamentablemente- ocurrió en los últimos años en nuestro país.

### Incorporación de restricción a la participación en directorios de empresas competidoras (nuevo art. 3, inc. l).

El derecho comparado ha evolucionado tanto en los EEUU como en Europa hacia la limitación de participaciones cruzadas en los directorios de empresas que son competidoras, dado que generan un intercambio de información y oportunidades de coordinación que resultan irreconciliables con el bien jurídico de la legislación de defensa de la competencia.

Así las cosas, se propone la incorporación de una conducta anticompetitiva, de verificarse además los recaudos del artículo 1°, definida en los siguientes términos: *“La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director o la participación accionaria en dos o más empresas competidoras entre sí.”*

Dicha propuesta no ha merecido reparos de la IBA y la ABA y, como señalábamos- refleja aquello que es usual en la legislación comparada. En nuestra opinión la propuesta es positiva dado que la economía argentina reconoce altos grados de concentración y la posibilidad de participación recíproca en directorios de empresas competidores agudiza tal problema.

### Nueva definición de “posición dominante” (art. 5 y 6 del proyecto).

El proyecto propone acotar la definición de “posición dominante” al eliminar una parte de la definición vigente, de forma que la idea es que sólo se registre tal condición en aquellos casos en que una o más personas es, para un determinado tipo de producto o servicio, la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial.

Así definida, la “posición dominante” queda limitada a supuestos de concentración “horizontal” por el lado de la oferta o de la demanda, excluyendo otros supuestos que puedan derivar de relaciones “verticales”. En efecto, así resulta de la propuesta de eliminar el siguiente texto: *“… o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”*

Si bien este cambio no ha merecido reparos de la IBA y la ABA, en nuestra opiniónla propuesta resulta preocupante, dado que en nuestro país hay muchos sectores en los que la integración vertical conjugada con la horizontal genera importantes barreras de acceso y permanencia en el mercado y, el hecho que la definición de “posición dominante” quede acotada a las relaciones horizontales puede llevar a que, situaciones que hoy califican como tales, puedan no verse alcanzadas en el futuro.

En línea con ello, la redacción a considerar tiene que cubrir dos exigencias propias de una sana técnica legislativa. Por un lado, debe ser lo suficientemente flexible para capturar supuestos que hoy día no se verifican pero que en el futuro pueden generar un supuesto de “posición dominante”, que una redacción muy taxativa no alcanzaría. Como contrapartida, no debería excederse en sentido opuesto, por vía adoptar una definición muy amplia, que dote a la autoridad de un margen indeseado de discrecionalidad.

# Modificaciones al régimen de control de “concentraciones económicas”. Reflexiones:

### Supuestos que conllevan “toma de control” (art. 9 del proyecto).

La propuesta de modificaciones a la ley 25156 no contempla cambios al actual artículo 8, en el que se definen los supuestos que determinan la existencia de un supuesto de “toma de control”. Los dos primeros casos –referidos a la fusión de empresas controladas por grupos económicos independientes y la transferencia de fondos de comercio-, no generan mayor problema interpretativo como lo ha demostrado la experiencia. No obstante, los otros dos supuestos son por definición extremadamente abiertos, dado que –justamente- buscan cubrir toda aquella casuística que los legisladores no tienen posibilidad de anticipar, cuyo común denominador pasa por los conceptos de “influencia sustancial” o “influencia determinante”.

Dichos conceptos han sido definidos por la jurisprudencia, no obstante lo cual, siguen reconociendo un notorio nivel de vaguedad y ambigüedad que puede dar lugar a un margen de discrecionalidad a la autoridad de aplicación de la ley que una sana técnica legislativa debería procurar evitar. Es posible que quizá no sea factible ni deseable definir en forma taxativa tales conceptos, pero sí parece conveniente que la legislación incluya una noción un tanto más precisa, así como que obligue a la autoridad de aplicación a reglamentar con mayor detalle el alcance de tales conceptos, a fin de evitar el indeseado margen de discrecionalidad recién señalado.

Por otra parte, un aporte que podría hacerse a la redacción propuesta pasa por excluir en forma expresa las ventas de la persona que está vendiendo a la empresa objeto de la concentración económica de que se trate; reflejando así lo que es el resultado de la práctica habitual y de la jurisprudencia de la autoridad de aplicación de la ley, de modo que esta circunstancia no pueda ser objeto de nueva interpretación con motivo de la sanción de la nueva ley.

### Nuevos valores objetivos para la obligación de notificación (art. 9 del proyecto).

Los valores objetivos de “volumen de negocios” que dan lugar a la obligación de notificación, de mediar “toma de control”[[9]](#footnote-10) y en ausencia de excepciones[[10]](#footnote-11), fueron definidos en algún momento del año 1999, en el cual la última reforma integral tuviera lugar, a través de la ley 25156. Por efecto de los altos índices de inflación registrados desde entonces y hasta la fecha, dichos valores objetivos perdieron toda virtualidad y ello derivó en que una incontable cantidad de transacciones económicas que el legislador nunca consideró necesario controlar, se vean alcanzadas por la obligación de notificación y aprobación, todo lo cual generó una enorme dispendio de recursos a la Administración nacional, a la par que agudizó la parálisis que viera la autoridad de aplicación de la ley por prácticamente dos lustros[[11]](#footnote-12), que redundara en una demora inaceptable de los trámites de aprobación de transacciones (tanto de aquellos de escasa relevancia, como de aquellos otros con efectos trascendentes), generando crecientes obstáculos al tráfico mercantil, así como un uso de la herramienta legislativa constituida por la ley 25156 que se divorciara del bien jurídico definido por el legislador[[12]](#footnote-13).

Baste con señalar que al momento de fijación de dicho valor objetivo, se trataba de doscientos millones de dólares estadounidenses y que hoy día sólo implican doce millones quinientos mil unidades de la misma moneda.

Es a partir de tal situación que el proyecto propone dos modificaciones relevantes sobre el particular. Por un lado, un aumento significativo del valor, que pasa a dos mil doscientos cincuenta millones de pesos argentinos; un poco más de ciento cuarenta millones de dólares estadounidenses. Por otra parte, abandona la denominación del valor en moneda de curso legal y la define en “Unidades Móviles”, que fija inicialmente en quince pesos argentinos, monto que será actualizado anualmente por las autoridades de aplicación de la ley (art. 89 propuesto), siguiendo al efecto el relevamiento del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) bajo el Índice de Precios al Consumidor (IPC).Por último, se mejora la redacción de las empresas a considerar a los efectos del cálculo del volumen de negocios (art. 9 del proyecto).

Dicho ello, forzoso es concluir que la modificación propuesta resultaba imprescindible a fin de empezar a reorganizar y normalizar la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia, que denotaba un fuerte deterioro luego de más de 10 años en los que se la utilizó con fines extraños a los de la propia ley y perdieran relevancia las actividades encaminadas a la plena vigencia del bien jurídico protegido.

### Notificación y aprobación previa. Transición (art. 9 y 88 del proyecto).

En la actualidad, la exigencia de notificación y aprobación prevista por la ley 25156 es interpretada como posterior a la “toma de control” derivada de la transacción de que se trate. Dicha interpretación no fue siempre todo lo pacífica que es hoy día, dado que muchos consideramos que la voluntad del legislación al sancionar la ley 25156 era justamente la de establecer un control previo. Luego, el devenir y deterioro en la performance de la autoridad de aplicación redundó en la aceptación de que la aprobación exigida sea posterior a la adquisición y toma de control del activo objeto de la transacción.

Tal discusión quedó superada por los hechos y el proyecto en discusión propone establecer la obligatoriedad de la obtención de la aprobación en forma previa a la toma de control del activo en cuestión. Como la inercia es muy fuerte –hoy día se acumulan numerosas concentraciones económicas pendientes de aprobación y la autoridad de aplicación no está en condiciones de aprobar nuevas transacciones en un plazo razonable-, y el cambio propuesto es muy relevante, el proyecto propone –a modo de transición- que la exigencia de aprobación previa sólo se efectivice una vez transcurrido un año de la vigencia de la nueva ley propuesta (conf. art. 88 de la propuesta).

Si bien esta exigencia resulta alineada con la enorme mayoría de las jurisdicciones relevantes del derecho comparado y no ha merecido reparos por parte de la IBA ni de la ABA, en el foro local se ve con preocupación su vigencia práctica, fundamentalmente ante la notoria demora que las aprobaciones registraran en la última década.

En nuestra opinión, el cambio es auspicioso dado que refleja la solución utilizada por prácticamente la totalidad de los países que cuentan con leyes de defensa de la competencia, a la par que es acompañado por un rediseño de la autoridad de aplicación, una importante mejora en la dotación de sus recursos tanto humanos como materiales, la incorporación de un procedimiento abreviado para operaciones de escasa complejidad, por nombrar algunos ejemplos, que deberían permitir que la nueva autoridad de aplicación se expida en plazos razonables y alineados con las prácticas internacionales en la materia.

### Sanción en caso de “toma de control” con anterioridad a la aprobación de la operación (art. 10, 1er párr., del proyecto).

Como lógica consecuencia de la exigencia de aprobación previa, se incorpora una sanción expresa y específica para el caso de mediar toma de control pendiente la aprobación previa exigida en el proyecto de ley. Para ello, recurre a acumular dos supuestos relativos a la toma de control sin aprobación previa como lo son la falta de notificación y la toma de control pendiente de aprobación, caso que supone que ha mediado notificación.

No obstante, el proyecto remite a la sanción prevista por el inciso d) del artículo 46, que establece básicamente una multa diaria. Esa multa diaria parece razonable para el primero de los casos, es decir, cuando no ha mediado notificación, dado que genera los incentivos necesarios para que el sujeto pasivo de dicha multa se avenga a dar cumplimiento a la notificación a la brevedad posible, dado que cada día de retraso significa una multa mayor.

Ahora bien, no parece ser tal el caso de la multa asociada al supuesto en que media toma de control pendiente la aprobación previa, ya que allí, el legislador no debería estar pensando en diseñar un incentivo para subsanar el incumplimiento, sino más bien en una sanción lisa y llana por haber incumplido la exigencia de autorización previa.

En consecuencia, en nuestra opinión, el texto propuesto resultaría perfectible por la vía de desdoblar las sanciones previstas para dos supuestos diferentes como los descriptos, dado que así se ajustaría mejor al objetivo perseguido, de subsanar la falta de notificación y sancionar la toma de control en violación a una prohibición expresa.

### Régimen de Opiniones Consultivas (art. 10, 2do párr., del proyecto).

El proyecto propone otorgar jerarquía legal al régimen de opiniones consultivas dispuesto por normas de menor rango[[13]](#footnote-14), a fin de brindar respuesta a todos aquellos interesados que tengan dudas respecto de la configuración de la obligación de notificación y autorización previa. El procedimiento a seguir a tal fin será definido por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

La incorporación de dichas previsiones a la ley resulta a nuestro juicio positivo, dado que brinda estabilidad acerca de las herramientas con que cuentan los actores a fin de definir el alcance de la normativa de defensa de la competencia.

En el marco de tal revisión, sería propicio que las nuevas autoridades sean más permeables que las anteriores a los efectos de recibir opiniones consultivas sobre transacciones en abstracto, dado que ello permite el análisis de situaciones de mayor complejidad sin afectar la confidencialidad de información comercial sensible a la vez que permite dar a publicidad la opinión de la autoridad de aplicación, circunstancia que se ha visto limitada en los últimos años por el rechazo de todo pedido de opinión consultiva en abstracto, que ha redundado en la petición sistemática de confidencialidad y el cese en la generación de jurisprudencia que genere mayor previsibilidad y seguridad jurídica para los inversores.

### Determinación de la obligación de notificar operaciones no informadas (art. 10, 3er párr., del proyecto).

El proyecto propone incluir en forma expresa un procedimiento a partir del cual la propia autoridad podrá determinar de oficio o ante la denuncia de cualquier interesado, si una transacción que no ha sido notificada y autorizada, resulta alcanzada por dicha obligación.

Se trata en sentido estricto de una competencia implícita con la que ya contaba la autoridad de aplicación, tanto de oficio como a instancia de parte y que ejerciera en casos resonantes, como el de la adquisición de participación accionaria sobre Telecom Argentina por parte de una sociedad controlante de Telefónica de Argentina.

Lo cierto es que su consideración en forma expresa resulta en nuestra opinión positiva, dado que explicita una instancia que antes surgía sólo en forma implícita, dando mayor previsibilidad y seguridad al sistema normativo, a la par que provee a la autoridad y a los eventuales afectados por la falta de notificación de la herramienta necesaria para revertir tal situación, circunstancia que resulta alineada con el objetivo de lograr un mayor grado de cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia.

### Nuevo procedimiento abreviado de operaciones con baja probabilidad de ser consideradas prohibidas (art. 10, 4to párr., del proyecto).

En línea con los antecedentes del derecho comparado –entre ellos, el reciente y exitoso caso de Brasil- se prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia establecerá un procedimiento sumario para las concentraciones económicas que a su criterio reconozcan bajas probabilidades de encontrarse alcanzadas por la prohibición del artículo 7 de la ley 25156.

La incorporación de esta opción en forma expresa en la ley de defensa de la competencia responde a una evidente demanda que históricamente se la ha hecho a la autoridad de aplicación, que aplica prácticamente el mismo procedimiento para todas las transacciones notificadas, sin distinción alguna de complejidad o impacto económico potencial, circunstancia que se vió agravada por el hecho que los umbrales que hacen exigible la notificación se han visto notoriamente licuados por efectos de la inflación, pasando de doscientos millones de dólares estadounidenses a tan sólo doce millones y medio. Ello ha tenido por efecto la enorme acumulación de trámites que sufre hoy día la autoridad de aplicación y que se encuentra enfocada en superar.

Resulta en nuestra opinión evidente que esta es una herramienta imprescindible a fin de superar la situación actual, por el doble efecto de elevar los umbrales –como hemos visto antes- y de generar un proceso abreviado para las transacciones sencillas.

### Precisiones en las excepciones a la obligación de notificación

* 1. **Adquisición de participación accionaria en sociedades en las que ya se poseía el 50% del capital social, que excluye expresamente el caso en que tal adquisición implique cambio en la “modalidad de control” (art. 11, inc. a; proyecto).**

Si bien la situación prevista por el nuevo texto propuesto resulta ya de una sana interpretación de la normativa aplicable y de la jurisprudencia relevante, lo cierto es que la modificación propuesta ayuda al hermeneuta de la norma al incorporar en forma expresa el concepto de “modalidad de control” como límite de la excepción en cuestión.

Es que cuando no implica cambio en la “modalidad de control”, es porque el adquirente de capital por encima del 50%, que ya poseía, tenía algún modo de control distinto de la mera tenencia accionaria, que la nueva adquisición no alteraría, de modo tal que –en sentido estricto- no estamos en presencia de una excepción a la obligación de notificación, sino ante un caso en el que no se verifica uno de los presupuestos para su configuración, como lo es la “toma de control”, toda vez que tal circunstancia preexistía. Y, cuando implica cambio en la “modalidad de control”, la excepción no se configura, por lo que quizá sea más sano simplemente eliminar toda referencia a esta excepción, que no parece ser tal.

* 1. **Primera inversión que ahora se configura aún cuando tenga inmuebles en el país en tanto sea con fines residenciales, y se presentasólo cuando *“… exportaciones hacia la Argentina no hubieran sido significativas, habituales y frecuentes durante los últimos treinta y seis meses.”* (art. 11, inc. c; proyecto).**

La primera de las dos modificaciones se da ante el caso recurrente en el que alguna de las personas humanas controlantes en última instancia de los vehículos societarios intervinientes en una transacción cuenta con algún inmueble residencial en el país, lo que lleva a la exclusión de la excepción a la obligación de notificación, aún cuando ello de modo alguno implica que dicha persona tenga participación en el mercado argentino.

En nuestra opinión dicha propuesta es conveniente en la medida en que evita el análisis de una transacción que claramente refleja el caso de una primera inversión en el país que, por definición y sin perjuicio de lo que diremos respecto del otro cambio propuesto al texto de la excepción, no tiene impacto alguno posible en el mercado argentino y, por tanto, no merece ser objeto de análisis por las autoridades de defensa de la competencia.

La segunda de las propuestas de cambio refiere al supuesto inverso, donde el adquirente de activos en el país no cuenta con inversiones previas de ningún tipo, pero sí reconoce un flujo de exportaciones desde algún lugar del mundo y hacia nuestro país, que pueden ser caracterizadas como significativas, habituales y frecuentes. Así las cosas, una interpretación formal de la excepción podría conducir el intérprete a considerar que la misma se encuentra configurada.De allí que parece atendible y justificado el cambio propuesto.

En consecuencia, si bien tal interpretación sería a nuestro juicio incorrecta luego de considerar una adecuada dimensión del mercado geográfico y de aplicar el principio rector del artículo 3 de la ley 25156, en nuestra opinión la propuesta en análisis refleja adecuadamente la experiencia habida en aplicación de la excepción que nos ocupa, dotando de mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los inversores en nuestro país.

En cuando a la redacción propuesta, quizá deba considerarse dotarla de mayor precisión, de modo de evitar que el carácter de “***significativas, habituales y frecuentes”***que califica a las exportaciones hacia Argentina genere un innecesario e indeseado margen de discrecionalidad para la autoridad de aplicación.

* 1. **Adquisición de sociedades en liquidación, excluyendo ahora el caso en que las actividades de la adquirente y de la adquirida sean coincidentes (art. 11, inc. d; proyecto).**

La norma prevé actualmente como única exigencia que se trate de una empresa liquidada que no haya registrado actividad en el país en el último año. La justificación que siempre se encontró a la excepción en análisis partía del razonamiento que ante el escenario de posible pérdida de la producción de cierta capacidad instalada –vía por la cual se podría ver afectada la cantidad total producida de un bien o un servicio, en el sentido de su merma, medio por el cual se podría afectar el bien jurídico protegido por la ley, por aquello de que a menor oferta, ante una demanda estable, el precio ajustará la demanda a través de su aumento-, resulta más ajustado a tal bien jurídico la posibilidad de que el mercado resulte algo más concentrado ante la alternativa de que pierda una porción de la oferta.

Con el cambio propuesto se está excluyendo la alternativa de que la empresa liquidada sea adquirida por quien fuera su competidor y se exige, por vía oblicua, que el adquirente sea un agente ajeno al mercado de que se trate o bien que forme parte del mismo pero en otro eslabón de su cadena de valor, “aguas arriba” o “aguas abajo” de aquel en el que la empresa liquidada se desempeñaba.

En nuestra opinión esta excepción debe ser lisa y llanamente eliminada, si es que la preocupación pasa por evitar concentración horizontal. Ello, con fundamento en que implica una suerte de tercerización de un análisis de sustancia en materia de defensa de la competencia, como lo es la definición del mercado relevante del producto y su ámbito geográfico. Es que sólo una vez que tal análisis sea realizado se podrá comprobar si adquirente y adquirida (empresa liquidada), se desempañan efectivamente en el mismo sector o no. Nos preguntamos, ¿qué garantía tendría el inversor que se guía por la opinión de un asesor ajeno a la autoridad de aplicación que dicha interpretación va a ser compartida por ésta? Ninguna. Ante tal situación, creemos que lo más sano es –como decíamos- eliminar la excepción y que de cumplirse con los umbrales de notificación, la transacción y sus efectos sea analizada por quien reconoce competencia al efecto, la autoridad de aplicación, evitando tercerizar tal carga, aunque más no sea a través del procedimiento sumario que el mismo proyecto propone.

No creemos que el recurrir al mecanismo de “opiniones consultivas” sea una alternativa válida, dado que dicha opción reconocería otra finalidad, asociada con dilucidar casos dudosos, antes que realizar el análisis de fondo necesario para verificar la configuración de esta nueva excepción.

* 1. **Actualización de los valores de la excepción “de minimis” (art. 11, inc. e; proyecto).**

En línea con lo que hemos dicho con relación a los umbrales que determinan la obligación de notificar las operaciones de concentración económica, se actualizaron los valores de las excepciones de precio de la transacción y de activos objeto de transferencia. Recordemos que la doble exigencia responde a la lógica de evitar que empresas con reducidos patrimonios netos pero importantes activos –que redundaría en magros precios- cambien de control sin la intervención de la autoridad de aplicación en la materia.

Así, los valores contemplados con la sanción de la ley 25156, representaban en su momento veinte millones de dólares estadounidenses para las transacciones concretadas en una única etapa y sesenta millones de la misma moneda para aquellas otras cumplidas en forma fraccionada y durante treinta y seis meses. Hoy día esos valores se traducen tan sólo en un millón doscientos cincuenta mil y tres millones setecientos cincuenta mil dólares estadounidenses, respectivamente.

El cambio propuesto los llevaría a dieciocho millones setecientos cincuenta mil y cincuenta y seis millones doscientos cincuenta mil dólares estadounidenses, respectivamente, suma que, además, sería actualizada anualmente de acuerdo al nuevo artículo 88 del proyecto de ley en análisis.

Creemos que el cambio propuesto reviste toda lógica.

### Nuevo régimen de publicidad y procedimiento de oposición a las operaciones de concentración económica (art. 13, 2do párr., del proyecto).

La propuesta en consideración vendría a subsanar una deficiencia que reconoce el procedimiento de investigación de concentraciones económicas, que no prevé instancia alguna de publicidad de modo que todo interesado pueda llevar adelante su propio análisis y eventualmente compartir sus conclusiones u observaciones con la autoridad de aplicación.

Dicho régimen de publicidad y abierta intervención por parte de todo interesado parece adecuarse mejor a la entidad del bien jurídico protegido, su raigambre constitucional y las necesarias instancias de publicidad y oposición que ameritan la preservación de tal bien público.

En consecuencia, no podemos más que manifestar nuestra opinión a favor del cambio propuesto.

### Nuevo procedimiento ante operaciones prohibidas a fin de definir los eventuales condicionantes que permitirán su autorización (art. 14, 2do y 3er párr.; proyecto).

La modificación que analizamos aquí tiende a reflejar lo que es una práctica establecida de la autoridad de aplicación, donde ante la conclusión de que la operación sujeta a análisis podría ser considerada prohibida bajo el artículo 7 de la ley 25156, lo usual es que la autoridad convoque a las partes involucradas y lleve adelante una negociación tendiente a definir los condicionamientos que harán que la operación en cuestión no resulte prohibida.

La modificación propuesta eleva a jerarquía de ley dicha práctica, exigiendo al Tribunal de Defensa de la Competencia emitir un informe fundado que refleje sus conclusiones acerca de la operación en análisis y convoque a las partes a una audiencia especial a fin de que en conjunto evalúen *“medidas remediales que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia”*; informe que deberá ser puesto a disposición del público. En tales casos, el plazo de resolución por parte del Tribunal será de 120 días adicionales; plazo que podrá suspenderse hasta tanto las partes den respuesta a las observaciones recibidas.

En nuestra opinión resulta positivo que esta práctica reconozca respaldo legal así como que la autoridad de aplicación esté obligada a explicitar sus razones y fundamentos, que ello tome estado público y quetodo interesado pueda expedirse sobre el particular y, por último, que los condicionamientos sean el resultado de la interacción entre las partes de la operación y la autoridad competente, tomando en consideración lo que los agentes del mercado puedan haber puesto de manifiesto acerca de la transacción.

No obstante, la propuesta podría ser perfeccionada por la vía de exigir que el plazo genérico de 45 días para que se expida la autoridad de aplicación sea cumplido en todos los casos, incluso en el supuesto que nos ocupa, donde la transacción genera sospechas de ser alcanzada por la prohibición del artículo 7 de la actual ley (art. 8 del proyecto). Dado que ese plazo de 45 días parece incompatible con la posibilidad real de que la autoridad de aplicación se forme una opinión fundada que le permita concluir categóricamente que una transacción está alcanzada por dicha prohibición, una alternativa sería que al cabo de dicho plazo sólo se vea obligada a expresar la potencialidad de dicha prohibición y que esa resolución tenga por efecto la apertura de un nuevo proceso tendiente a profundizar el análisis; decisión que podría conducir a descartar toda preocupación, a diseñar un condicionamiento tendiente a evitar la prohibición o bien denegar la autorización, de no ser esto último posible. La alternativa propuesta no difiere en gran medida de la alternativa del proyecto en análisis y parece ajustarse más a la lógica del análisis progresivo y por etapas, propio de la defensa de la competencia.

### Información exigida para la notificación y suspensión de los plazos (art. 14, últ. párr.; proyecto).

La propuesta aquí en consideración entra en un tema sensible para la práctica de la defensa de la competencia, toda vez que ha sido el germen de la extensión paulatina y persistente de los plazos de análisis y autorización de las transacciones económicas. El régimen hoy vigente establece que ante la insuficiencia de la información provista por las partes notificantes ante las exigencias establecidas por la normativa aplicable[[14]](#footnote-15) para analizar el tratamiento de la transacción notificada, la autoridad de aplicación podrá solicitar documentación adicional, en tanto dicho requerimiento *“…deberá efectuarse en un único acto por etapa, que suspenderá el cómputo del plazo por una sola vez durante su transcurso, salvo que fuere incompleta.”[[15]](#footnote-16)*

Esta limitación a la posibilidad de requerir información adicional ha sido abiertamente ignorada por la autoridad de aplicación, tal que ha caído en evidente desuetudo.

El nuevo texto propone una solución diferente, pero adolece del riesgo de que la autoridad repita los vicios del pasado, toda vez que no establece limitación alguna a la posibilidad de requerimiento de información adicional. Ciertamente, se prevé que el *“Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado el acto de concentración en cuestión, de considerar que no cuenta con la información y antecedentes –generales o adicionales- presentados de modo completo y correcto. No obstante, ante la falta de dicha información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva esta ley.”*

En consecuencia, la disposición en consideración propone establecer que el Tribunal podrá requerir tanto que se subsane cualquier omisión de información que pudiese registrar la notificación de la operación de acuerdo a la normativa aplicable, como el incumplimiento en la presentación de cualquier otra información que adicionalmente pudiese requerir dicha autoridad. Ello otorga una amplia discrecionalidad para que la autoridad competente administre los plazos del procedimiento y los adecue a sus necesidades. Hasta allí no habría mayor inconveniente si no fuese porque en el pasado dicha discrecionalidad ha sido utilizada para dejar abiertos trámites sensibles que terminan condicionando fuertemente la libertad de las partes notificantes en el devenir de sus negocios. Si bien uno puede anticipar que no es tal la intención de las actuales autoridades, lo cierto es que la actualización de la ley de defensa de la competencia debería trascenderlas y asegurar las herramientas legislativas que eviten que los vicios y deformaciones del pasado se repitan en el futuro. Es justamente allí donde encontramos criticable la solución propuesta, en la medida en que la discrecionalidad que propone la disposición en discusión sería permeable a nuevos abusos.

En nuestra opinión, tampoco resulta necesario ni conveniente pasar de dicha discrecionalidad al extremo de establecer un plazo máximo objetivo e improrrogable. Creemos que pueden incorporarse algunas limitaciones que a su vez contemplen la flexibilidad que evidentemente han querido preservar los autores del proyecto, sin caer en el extremo de la discrecionalidad absoluta que tanto daño le ha hecho a nuestra práctica en la última década. Una alternativa podría ser –por caso-, que las partes pudiesen –cumplido cierto plazo- recurrir a la justicia para que ésta establezca un plazo dentro del cual la autoridad deberá expedirse en los términos del artículo 13 o 35 de la ley 25156; plazo cuyo vencimiento removerá la prohibición de concretar la operación sin autorización previa.

### Aprobación tácita e incorporación de la certificación de cumplimiento del plazo para dicha modalidad de autorización (art. 15 del proyecto).

Como consecuencia de las circunstancias tratadas precedentemente, la aprobación tácita de las operaciones de concentración económica, presente en nuestra ley 25156 desde su propia sanción en el año 1999, no ha tenido vigencia práctica en absoluto.

Suponiendo por un minuto que se hubiesen logrado superar las circunstancias que dieran lugar al abuso en la suspensión de los plazos de tramitación de las concentraciones económicas que se registrara en el pasado reciente, el artículo 14 de la ley 25156, que establece la aprobación tácita de la operación una vez transcurrido el plazo del actual artículo 13, adolece de un defecto grave, toda vez que torna el cumplimiento o no de dicho plazo en una circunstancia controvertible, de modo que no provee a las partes de la certidumbre mínima y necesaria para avanzar en la concreción de la operación. De allí entonces que se proponga establecer un mecanismo de certificación de cumplimiento de dicho plazo como se registra en numerosas experiencias del derecho comparado.

Así contextualizado el cambio propuesto, consideramos que el mismo resulta positivo, en la medida en que se alcance una solución adecuada que limite la discrecionalidad con la que hoy cuenta la autoridad competente para administrar a voluntad los plazos de los trámites de las concentraciones económicas, vicio que el proyecto en análisis mantiene.

### Intervención de la autoridad sectorial en el caso de los servicios públicos sujeto a la legislación nacional (art. 17 del proyecto).

En este caso, los cambios propuestos son menores y apuntan a mejorar la claridad de la redacción, ratificando que la opinión que se exige a los entes sectoriales no será vinculante.

Una sugerencia atendible sobre el particular sería que tales opiniones de los entes sectoriales deban tomar estado público así como que la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia se encuentre obligada a expedirse sobre las eventuales objeciones que pueda oponer dicho ente, sin afectar la calidad de no vinculante. Creemos que ello podría dar lugar a mayor transparencia y a la generación de precisiones en el tiempo que doten de mayor certidumbre a la práctica en la materia.

Cabe recordar que con la sanción de la actual ley 25156 (art. 59) los entes sectoriales han perdido competencia en la materia a favor de la autoridad de aplicación de esta ley, decisión que el proyecto propone mantener (art. 89). Creemos que tal decisión es acertada en virtud de la posibilidad de especialización que genera así como da lugar a una segunda mirada de los sectores por parte de quienes no son autoridades sectoriales, moderando los efectos de los fenómenos conocidos como “riesgo de captura del ente” y “asimetría de la información” que afecta la independencia e imparcialidad de ellos.

# Nueva autoridad de aplicación de la ley con división de funciones entre reparticiones que canalizarán distintas inquietudes. Reflexiones:

### Crea la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia como ente descentralizado y autárquico, en la cual funcionarán la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas(art. 18 a 27; proyecto).

La propuesta es ambiciosa cuando se trata de la definición de la autoridad de aplicación de la ley 25156 y posiblemente ese sea uno de los aspectos más relevantes y positivos que reconocemos en el proyecto, ya que implica un diseño institucional que permitiría salir de la frustrada experiencia que mantiene vigente la autoridad de aplicación de la vieja ley de defensa de la competencia 22262, del año 1980, cuyo diseño no refleja las garantías de independencia e imparcialidad que el derecho comparado reconoce como condiciones necesarias para el desarrollo del área.

Entre los aspectos más importantes a nuestro criterio, se propone (i) crear la *“Autoridad Nacional de la Competencia”* reconociendo la misma las características exigibles a las modernas autoridades de defensa de la competencia. En efecto, se propone que dentro de dicha autoridad*“…funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.”*(art. 18 del proyecto); (ii) integrada por cinco miembros (art. 28 del proyecto) que deben contar con antecedentes en materia de defensa de la competencia y al menos cinco años en el ejercicio de la profesión, tener dedicación exclusiva excepto por la actividad docente, dar cumplimiento a las incompatibilidades y obligaciones de la ley de ejercicio de la función pública 25188, deberán excusarse de intervenir en los casos previstos por la normativa procesal en aquellos asuntos que hubiesen intervenido en los tres últimos años[[16]](#footnote-17) (art. 19 del proyecto); (iii) que sean designados previo concurso público de antecedentes por ante un jurado calificado y previa publicación y oposición (art. 20, 21, 22 y 23 del proyecto); (iv) que duren cinco años en funciones y que puedan ser renovados previo cumplimiento del mentado concurso (art. 24 del proyecto); (v) que puedan ser suspendidos y removidos por el Ejecutivo sólo cuando medien las causales taxativamente previstas y se registre el voto favorable del jurado del concurso (art. 24, 25, 26 y 27 del proyecto); (vi) que las competencias concentradas hoy en la Secretaría de Comercio sean distribuidas entre el Tribunal de Defensa de la Competencia –que concentra las competencias propias de un tribunal administrativo decisor, sin perjuicio de otras más propias de la “abogacía de la competencia”- (art. 28 del proyecto), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas –a cargo de impulsar la instrucción de los trámites de investigación de conductas prohibidas por la ley- (art. 30 del proyecto), la Secretaría de Concentraciones Económicas –responsable de tramitar el análisis de las concentraciones económicas- (art. 31 del proyecto) y, la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, que será designada por el Ejecutivo y perseguirá el objetivo de desarrollar la competitividad de sectores, contando con amplias facultades a tal fin (art. 34 del proyecto).

La ABA valora positivamente la autoridad de aplicación propuesta, destacando ciertos aspectos del diseño institucional, tales como: la exigencia de experiencia previa en la materia para sus miembros; su número impar que minimiza la posibilidad de bloqueo en el proceso decisorio; el desdoblamiento de los plazos de sus mandatos, a fin de asegurar la continuidad y evitar la renovación total de los miembros ante cambios de gobierno; la enunciación taxativa de las causales de remoción.

Por otro lado, critica por su vaguedad y ambigüedad la causal de remoción de los miembros de la autoridad definida como *“Mal desempeño en sus funciones”*, lo que puede dar lugar a una remoción discrecional por parte del Poder Ejecutivo por el simple hecho de no coincidir con las decisiones adoptadas en cumplimiento de sus funciones, o simplemente por diferencias políticas. Recomienda así recurrir a una descripción más precisa de la causal, proponiendo la fórmula de *“ineficiencia, negligencia en el cumplimiento de sus funciones o mala fe en su ejercicio”.*

Si bien tendemos a coincidir con la preocupación planteada por la ABA, no terminamos de ver una solución en la alternativa propuesta, más allá de que permitiría invocar la jurisprudencia de los EEUU; aspecto que encontramos provechoso en ella.

A modo de conclusión, entendemos que la autoridad propuesta responde a los parámetros trazados por el derecho comparado y cumple con los requisitos constitucionales para un tribunal administrativo, en tanto se garantiza su independencia e imparcialidad, por la vía de la correcta designación de sus miembros, la estabilidad en sus cargos, la definición taxativa de causales de remoción, el desdoblamiento de sus mandatos, la independencia presupuestaria, por nombrar los elementos más significativos. Por tales motivos, despierta fuertes consensos tanto a nivel local como internacional.

Por otra parte, el diseño institucional propuesto parece satisfacer las recomendaciones resultantes del examen entre pares que condujo la OCDE, al que hemos hecho referencia más arriba.

### Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 28 del proyecto).

La función por excelencia del Tribunal es imponer las sanciones previstas por la Ley 25156, disponer la exención y reducción de dichas sanciones bajo el nuevo régimen de clemencia que se propone, así como la adopción de todas las decisiones que resulten necesarias a ese fin (imputaciones, pruebas), excluyendo la propia instrucción de la investigación de las conductas anticompetitivas y la evaluación de operaciones de concentración económica, que serían impulsadas por la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, respectivamente. Cuenta con todas las facultades y competencias necesarias para llevar adelante tales funciones.

Adicionalmente, tiene la facultad de llevar adelante investigaciones de mercado, así como *“emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante”* y *“recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados”*.

### Nueva Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (art. 30 y 32 del proyecto).

Se trata de una nueva figura que propone concentrar en una Secretaría toda la responsabilidad relativa a la instrucción de las investigaciones de conductas anticompetitivas, a la par que se la separa de toda injerencia en los temas de concentración económica y “abogacía de la competencia”, sin perjuicio de la lógica cooperación y complementación que tiene que haber entre ellas.

La idea parece muy auspiciosa dado que permite la concentración en una de las funciones de la autoridad de aplicación más postergada desde la incorporación del análisis y autorización de concentraciones económicas, que ha tornado en la prioridad de la autoridad, postergando así la lucha contra la *carterización*.

Esta situación ya había sido señalada por la OCDEentre las conclusiones que adoptara en el 2006 a partir del examen entre pares que realizara de la autoridad argentina.

### Nueva Secretaría de Concentraciones Económicas (art. 31 y 32 del proyecto).

Al igual que en el caso anterior, se propone dividir las funciones actuales de la autoridad de aplicación de modo que un sector de ella se concentre en el análisis de las concentraciones económicas alcanzadas por la ley.

También en este caso creemos que la propuesta en consideración es positiva, toda vez que conlleva una creciente especialización así como separa el tratamiento de las transacciones de la investigación de conductas anticompetitivas, lo que debería permitir romper con la dinámica que se ha registrado en la última década, donde la prioridad estuvo puesta en las primeras, en detrimento de las segundas, lo que ha redundado en la virtual pérdida de vigencia práctica de la prohibición de abuso de posiciones de dominio, sean ellas alcanzadas en forma unilateral o como consecuencia de acuerdos entre competidores.

Nuevamente, esta propuesta parece encaminada a satisfacer una de las recomendaciones de la OCDE allá por el año 2006.

### Nueva Subsecretaría de Fomento de la Competencia (art. 33y 34 del proyecto).

En línea con los casos anteriores, el proyecto propone establecer una repartición que tome un rol que la Ley 25156 omite considerar; una suerte de fiscal que represente los intereses del Estado y de la sociedad toda en la finalidad de impulsar medidas y acciones tendientes a asegurar el cumplimiento del bien jurídico protegido por la ley.

Es definido con el rango de Subsecretaría, seleccionado por el Ministerio de Producción, pero debe cumplir con los antecedentes que se exigen a los miembros de la nueva autoridad de aplicación que propone el proyecto. Este último aspecto merece ser destacado, dado que demuestra la voluntad de incorporar una figura no concebida por el legislador en la versión actual de la Ley 25156, toda vez que el Subsecretario de Fomento de la Competencia no integra la autoridad de aplicación de la ley y tiene una serie de funciones y facultades que el régimen vigente omite, tales como: proponer el inicio de investigaciones que estime procedentes por infracciones a la ley; proponer sanciones; disponer la reserva o confidencialidad de ciertas actuaciones; ser parte en los procedimientos de control de concentraciones económicas, representando el “interés económico general” protegido por la ley, ante la propia autoridad de aplicación y la justicia; impugnar las decisiones adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia; instar a las distintas reparticiones de la autoridad de aplicación al ejercicio de sus funciones y facultades; velar por el cumplimiento de las resoluciones de la autoridad o los tribunales; emitir opiniones no vinculantes para la autoridad de aplicación; intervenir en todo proceso administrativo o judicial cuando lo entienda conveniente para el cumplimiento de sus funciones; solicitar colaboración e información a personas públicas y privadas; colaboración en el desarrollo de la libre competencia y formación de agentes en el área; llevar el Registro Nacional de Defensa de la Competencia; realizar estudios y estadísticas sobre libre competencia; impulsar reformas legislativas; entre otras muchas muy relevantes para el fomento de la competencia.

Esta nueva figura no ha recibido reparos de la IBA ni de la ABA y se encuentra alineada con las recomendaciones vertidas en su momento por la OCDE (2006).

En nuestra opinión, esta disposición viene a llenar un vacíosustancial del que adolece la legislación vigente, a fin de asegurar la conformación de una autoridad de aplicación realmente independiente e imparcial, dado que permite canalizar formalmente las legítimas inquietudes que el Poder Ejecutivo pueda tener sobre las investigaciones que lleva adelante dicha autoridad. En efecto, encontrarnos en esta propuesta la enorme virtud de dotar al Ejecutivo Nacional de una herramienta útil para incidir en todos los aspectos de la política de defensa de las competencias, desde las concentraciones económicas, pasando por las conductas anticompetitivas, hasta la posibilidad de impugnar las decisiones que adopte el Tribunal de Defensa de la Competencia propuesto. Y lo hace preservando su independencia e imparcialidad, aspecto que celebramos.

### Presupuesto económico del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 35 del proyecto).

El proyecto prevé que el Tribunal formule anualmente su propia propuesta de presupuesto y la eleve para su aprobación por el Poder Ejecutivo. Por otro lado, faculta al Tribunal a fijar los aranceles que se deberán abonar para la tramitación de concentraciones económicas, cuyo producido será aplicado a sufragar los gastos ordinarios de la autoridad.

La independencia económica es uno de los elementos centrales que hace a la independencia institucional e imparcialidad en las decisiones de la autoridad. En ello resultan coincidentes las opiniones de la ABA y antes de la OCDE.

Pues bien, en nuestra opinión la independencia económica de la autoridad no está garantizada a través del texto legal propuesto, toda vez que una vía de sometimiento de dicha autoridad a la voluntad del Poder Ejecutivo bien puede ser la restricción presupuestaría que finalmente apruebe éste, una vez recibida la propuesta. Por su parte, los aranceles seguramente no serán suficientes para cubrir las restricciones mencionadas, dado que como tales, deben guardar relación con los servicios prestados en el análisis de las concentraciones económicas, de modo que –por definición- no deberían financiar el resto de las actividades a cargo de la autoridad. Así las cosas, esta propuesta sería perfectible por la vía de incluir algunos criterios o pautas que limiten la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la hora de aprobar el presupuesto presentado por la autoridad de aplicación, así como en el momento de dar cumplimiento al mismo.

### Nuevo Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores (art. 90 del proyecto).

Por último, en el afán de dotar de un cauce a cada uno de los sectores que pueden tener un interés legítimo en la materia, en línea con las figuras que propone crear bajo el nuevo diseño de autoridad de aplicación antes descripto, se propone incorporar la figura del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, que tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar. A tal fin propone modificar la Ley de Defensoría del Pueblo 24.284, incorporando dicha figura en el nuevo el artículo 13 BIS.

Quien sea designado para cubrir dicho cargo deberá acreditar suficiente conocimiento y experiencia en la defensa de los intereses de consumidores y de la competencia.

En línea con nuestros comentarios respecto del diseño institucional, la incorporación de esta nueva figura resulta positiva dado que permitirá dar cauce formal a un sector de la sociedad que puede verse afectada por las decisiones de la autoridad de aplicación y que hasta hoy carece de un vehículo adecuado para canalizar sus inquietudes.

# Nuevo permiso para la realización de acuerdos entre competidores que no constituirán conducta anticompetitivas “per se” (art. 29 del proyecto).

Se establece que *“El Tribunal de Defensa de la Competencia reglamentará un trámite para la expedición de permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el Artículo 2 de la presente ley, pero a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general.”*

Cabe recordar que el artículo 2, ya comentado, propone la creación de ciertas figuras que impliquen la sanción “per se” de ciertas conductas anticompetitivas que nuestra jurisprudencia ha aceptado que no requieren prueba de la potencial afectación al bien jurídico protegido por la ley, en tanto se encuentre acreditada la existencia del acuerdo *colusivo.*

En nuestra opinión la remisión al artículo 2 no resulta consistente dado que allí se prevén conductas que irremediablemente pueden afectar el “interés económico general” protegido por la ley, dado que las conductas allí tipificadas no tienen posibilidad alguna de generar eficiencias susceptibles de ser trasladadas “aguas abajo” del mercado; presupuesto básico para que una conducta restrictiva de la competencia pueda ser conciliada con una ley de defensa de la competencia. En efecto, las conductas descriptas en el artículo 2 se limitan estrictamente a la manipulación del precio o las cantidades de los productos o bien dividen y reservan el mercado geográficamente o por clientela, a fin de obtener precios supra competitivos vía por la cual se afecta irremediablemente el bien jurídico protegido por la ley en la figura del “excedente del consumidor”. No estamos ante la obtención de eficiencias susceptibles de ser trasladadas en beneficio de este último.

Dicho ello, creemos muy positivo que la autoridad de aplicación tenga competencia y posibilidad de expedirse respecto de la adecuación de acuerdos entre competidores que tiendan a alcanzar nuevos niveles de eficiencias en materia de costos de investigación y desarrollo, producción, comercialización y distribución de bienes y servicios, en tanto se demuestre que tales eficiencias pueden redundar en un menor precio ante la verificación de la existencia de competencia efectiva “aguas abajo” del segmento de la cadena de valor del mercado en el que hubiese operado el acuerdo entre competidores[[17]](#footnote-18). Ello permitirá que nuestro país esté en mejores condiciones de incrementar sus pobres índices de competitividad así como de dotar de certidumbre y seguridad jurídica a los actores que buscan obtener tales mejoras.

En consecuencia, sugerimos mantener el artículo propuesto pero eliminar la remisión al artículo 2, dado que no nos parece posible que uno de los acuerdos entre competidores allí previstos pueda resultar conciliable con el bien jurídico protegido por la ley.

# Modificaciones al procedimiento sancionatorio (Cap. VII del proyecto).

Se proponen modificaciones de distinta entidad al procedimiento sancionatorio.

### Acceso a las actuaciones (art. 36 del proyecto).

Así, se establece que las actuaciones serán por principio de acceso público para las partes y sus defensores y secretas para extraños. Adicionalmente se prevé que la autoridad de aplicación podrá disponer la reserva de las actuacionespor decisión fundada y cuando la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad; reserva que no podrá exceder el plazo previsto para el traslado de la denuncia. Luego, la reserva podrá disponerse sólo excepcionalmente y por el plazo máximo de 30 días*“, a menos que la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto”* (art. 36 del proyecto).

Veamos. Por definición lo que se procura en las investigaciones de conductas anticompetitivas es asegurar el máximo de difusión de la investigación en curso en tanto ello no ponga en riesgo el descubrimiento de la verdad. La difusión permitirá que los sujetos afectados por las prácticas se sumen al trámite y aporten las probanzas que estén a su alcance. Así las cosas, el establecimiento de un principio de reserva de las actuaciones para su acceso limitado a las partes y sus “defensores” (debería decir “representantes”) sin expresión de razones ni fundadamente, parece ir en contra del primero de los objetivos propuestos. De tal modo, debería considerarse la posibilidad de que la reserva de las actuaciones a las partes intervinientes sólo sea el resultado de una decisión expresa, caso por caso, ysopesando adecuadamente el riesgo que surge –para el descubrimiento de la verdad material-del hecho que dichas personas y todo otro interesado tengan acceso al expediente.

Es decir, las actuaciones deberían ser por definición de libre acceso para cualquier persona que demuestre contar con un interés legítimo, porque allí se encuentra la base misma de la transparencia que debe prevalecer a lo largo de todo el procedimiento sancionatorio. Dicho principio debe reconocer obvias excepciones cuando se pone en riesgo el descubrimiento de la verdad y, de ser tal el caso, la reserva de las actuaciones puede reconocer dos alcances; uno relativo al público en general sin alcanzar a las partes del expediente y; otro, referente también a las propias partes del expedientes.

Un aspecto que merece objeción es el hecho de que tal reserva sólo pueda disponerse –por principio- hasta la oportunidad del traslado de la denuncia, es decir, hasta el traslado para que los denunciados “suministren explicaciones”. La experiencia indica que en oportunidad de tal traslado las actuaciones se encuentran en un estado larval, muy lejos de la verdad material y que la difusión de las investigaciones puede afectar seria e irremediablemente toda posibilidad de llegar a ella. Más aún, teniendo las partes investigadas la posibilidad de ejercer su derecho de defensa una vez que la conducta anticompetitiva ha sido investigada y diera lugar a la imputación prevista en el artículo 32 de la actual ley 25156, por lo que cabe poner en duda que la reserva de las actuaciones quede acotada hasta el “pedido de explicaciones” ordenado por el artículo 29 de la ley vigente.

Por esas mismas razones pero desde otro punto de vista, en nuestra opinión debería considerarse la eliminación del traslado previsto en el artículo 29 de la ley actual o bien que el mismo sea una opción no obligatoria para la autoridad de aplicación, a fin de que la autoridad pueda evitar comprometer el hallazgo de la verdad material. El hito procesal que debería reemplazarlo, y oficiar como límite de la reserva de las actuaciones propuesto, sería en nuestra opinión el traslado del artículo 32 de la ley actual (imputación). Para que ello sea posible, claro está, no deberían producirse pruebas que luego sean la base de la sanción; pruebas “de cargo” que deben producirse una vez que el investigado está presentado en el expediente, dado que de lo contrario se afectaría su derecho de defensa en juicio, en lo que hace al derecho de supervisar la prueba producida que puede fundar una ulterior sanción.

### Exigencia de identificar el denunciante y de “verosimilitud del derecho” en la denuncia (art. 36 y art. 40 del proyecto)

La primera de las propuestas consiste en eliminar la exigencia de la ley actual en cuanto a la identificación del denunciante con su nombre y dirección. Esta modificación parece justificada porque en muchos casos el hecho de que tome estado público el nombre del denunciante puede conducir a represalias comerciales que pueden tener por efecto disuadir al denunciante de llevar adelante la denuncia. Este desincentivo a la denuncia es atendible y resulta razonable su eliminación a fin de facilitar el camino hacia el descubrimiento de conductas anticompetitivas.

Otro aspecto en el que se propone innovar es en la exigencia de “verosimilitud del derecho” de la denuncia. Si bien no conocemos las razones que llevaron a la inclusión de esta nueva exigencia, podemos intuir que se debe a la elevada cantidad de denuncias en trámite cuyo objeto resulta notoriamente extraño al bien jurídico protegido por la ley, que canalizan más bien conflictos estrictamente patrimoniales o bien desacuerdos comerciales o con las políticas regulatorias dispuestas por el Ejecutivo a través del ejercicio de sus competencias.

Desde tal punto de vista, encontramos que la nueva exigencia resulta atendible y provechosa, si bien usada, para evitar el dispendio de recursos públicos y privados que distraen a ambos sectores del cumplimiento del objetivo principal dado por potenciar la competitividad de la economía local. Para evitar eventuales abusos de la prerrogativa de la autoridad de desestimar una denuncia, un eventual rechazo debería ser susceptible de revisión en sede judicial.

### Periodo de investigación mediante la instrucción del sumario previo a la imputación (art. 41del proyecto).

De acuerdo al régimen vigente, una vez escuchadas las “explicaciones” de los sujetos investigados, la autoridad puede disponer el archivo de las actuaciones –si las considera satisfactorias- o bien ordenar la instrucción de un sumario. Es recién allí, con la apertura del sumario, donde hoy día se avanza seriamente hacia el descubrimiento de la verdad material y tal etapa sumarial no reconoce límite temporal alguno.

En nuestra opinión, como decíamos, las “explicaciones” de los sujetos investigados no tienen mayor sentido porque no media en absoluto claridad acerca de los hechos en cuestión y de la satisfacción a través de ellos de las exigencias fácticas de los tipos legales previstos por los artículos 1, 2 y 3 del proyecto de ley.

De tal modo, sugerimos considerar que una vez cumplido el análisis de “verosimilitud del derecho” que se propone, se decida directamente en uno de los dos sentidos posibles: el archivo de las actuaciones por no satisfacerse dicho requisito o, la instrucción del sumario a fin de pasar de la verosimilitud a la convicción construida a partir de la sana crítica de la autoridad de aplicación. Ello, complementado por un límite temporal dentro del cual la autoridad deba cerrar el sumario en un sentido o en otro; plazo que creemos debe ser lo suficientemente amplio para atender la complejidad de las investigaciones en la materia (por lo que no debería ser de tan sólo de 180 días, como se prevé para la producción de la prueba luego de la imputación, conf. art. 32 de la actual ley, que el proyecto propone mantener).

Esta alternativa se alinea con la necesidad de preservar las actuaciones del conocimiento público y particular de los sujetos investigados hasta tanto la autoridad logre formarse una opinión fundada acerca de los hechos involucrados y su suficiencia para configurar una conducta anticompetitiva y sancionable bajo la ley. A su turno, el “debido proceso” y la “garantía de defensa en juicio” se encontrarían asegurados por la vía de otorgar la oportunidad de defensa una vez decida la imputación de una conducta hecha y derecha, lo suficientemente investigada e identificada para que el sujeto encausado pueda ejercer cabalmente su defensa. Claro está, la “prueba de cargo” –aquella que termina por fundar la sanción- tiene que producirse una vez que el investigado se haya presentado en las actuaciones, a fin de no vulnerar dichas garantías fundamentales y dar lugar a nulidades. Tenemos serías dudas de que antes de la imputación se esté dando cumplimiento a las exigencias que aseguran el cumplimiento de la “garantía de defensa en juicio” en la medida en que sólo con la imputación se conocen con precisión los hechos alegados. Así, por definición, con anterioridad, los hechos investigados no reconocen la suficiente claridad y determinación para que el sujeto investigado ejerza cabalmente el derecho de defensa. Ergo, creemos que la alternativa aquí propuesta resulta más conciliable con las garantías referidas.

Así, producida la imputación, la etapa procesal siguiente estaría puramente enfocada en que el sujeto investigado produzca la prueba que hace a su defensa y, la autoridad haga lo propio con lo que anticipa será la “prueba de cargo”.

### Plazos dispuestos para los sujetos investigados (art. 40, 43, 45 y 48 del proyecto).

Un aspecto que nos sigue llamando la atención es la “disparidad de armas” que la ley actual reconoce y que el proyecto mantiene, toda vez que los plazos que obligan a expedirse a la autoridad son notoriamente más amplios y laxos que aquellos otorgados a los sujetos investigados. Como ha surgido en los puntos anteriores, los temas de defensa de la competencia son de enorme complejidad, obligan a la conformación de equipos interdisciplinarios con economistas, especialistas en los mercados investigados, abogados especializados y procesalistas y los plazos contemplados para ofrecer explicaciones y formular descargo ante la imputación -de 15 días- y para alegar –de 6 días- parecen exiguos (veremos luego que ocurre lo mismo en el plazo de apelación de las sanciones), máxime si se los compara con los plazos de la autoridad, lo que demuestra la mentada disparidad de armas que puede ser fundamento de la violación de las garantías constitucionales debidas. Lo mismo ocurre con el plazo de tres días previsto para el recurso de aclaratoria (art. 48 del proyecto).

### Suspensión del procedimiento sancionatorio ante el compromiso de cese de los sujetos investigados (art. 47 del proyecto).

El proyecto en análisis no propone cambios sobre este particular, donde la ley vigente establece que los sujetos investigados pueden comprometer el cese inmediato o gradual de las conductas cuestionadas, cuyas investigaciones serán archivadas de mediar cumplimiento a tal compromiso por el plazo de tres años. Este compromiso puede ser ofrecido hasta la oportunidad del actual artículo 34 de la ley; es decir hasta la oportunidad de alegar, donde todas las defensas y probanzas han sido ya producidas y sólo resta la decisión final de la autoridad de aplicación que resuelve imponer una sanción, medidas correctivas o bien el archivo de las actuaciones.

Esta disposición ha merecido reparos en la medida en que pone en riesgo distintas cualidades que deben reconocerse en un sistema exitoso de defensa de la competencia, una de las cuales es que los sujetos sospechados no puedan evadirse fácilmente de la detección y sanción de una práctica irreconciliable con la ley de defensa de la competencia. Máxime, si el acogimiento o no de tal compromiso queda liberado a la discrecionalidad de la autoridad de aplicación; alternativa que amenaza seriamente la transparencia que parece recomendable.

Así visto, este instrumento conspira además contra el propio régimen de clemencia propuesta, al quitar incentivos por la vía de generar una nueva y discrecional oportunidad de elusión de la sanción.

En consecuencia, en nuestra opinión debería evaluarse la eliminación del actual artículo 36 de la ley 25156.

### Nueva forma de determinación de multas y esquema para la re expresión de la nueva unidad de medida adoptada (art. 57, inc. b, 58, y 89 del proyecto).

El proyecto en análisis propone importantes modificaciones en la forma de determinación de las sanciones, aspecto que ha despertado comentarios tanto de la IBA como de la ABA y del foro en general.

La ley actual prevé sanciones que van desde $10.000 a $150.000.000, que originariamente representaban una cantidad similar de dólares estadounidenses y hoy se traducen tan solo en aproximadamente 630, y algo menos de un millón de dólares estadounidenses; montos que carecen de toda entidad ante el impacto que puede reconocer una práctica anticompetitiva, vía por la cual se evapora todo posible efecto disuasorio de la ley. Por otra parte, define escuetamente que la sanción *“se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán.”* (actual art. 46).

La propuesta reconoce un esfuerzo significativo para salir de tal infructuoso esquema sancionatorio al postular nuevos parámetros tanto para la determinación de la multa (art. 57, inc. d, del proyecto) como para su graduación (art. 58 del proyecto) y actualización (art. 89del proyecto). Veamos.

El proyecto proponer dos criterios alternativos de determinación. El primero es el que resulte mayor de uno de los tres siguientes cálculos: *“… (i) hasta el 30% del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto o (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico o (iii) el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido.”* El segundo criterio es de aplicación en el caso que el primero no fuese posible y consiste en: *“…hasta una suma equivalente a DOSCIENTOS MILLONES (200.000.000) de Unidades Móviles.”*(unos 190 millones de dólares estadounidenses). Dicha unidad mantendrá su vigencia frente a los demás precios relativos de la economía por la vía prevista en el nuevo artículo 89 del proyecto en análisis.

También se actualizan los valores de las multas diarias ante el incumplimiento de los actuales artículos 8 –notificación de concentraciones económicas-, 35 –órdenes de cese- y 36, incumplimiento de compromisos de cese; que no merecen mayor comentario.

Por otro lado, se incorpora una nueva sanción consistente en la *“la exclusión del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables por hasta 5 años. En los casos previstos en el artículo 2, inciso 4, de la presente ley, la exclusión podrá ser de hasta 8 años.”* (art. 57, inc. d). En este caso, creemos que la nueva sanción aporta un importante poder disuasorio en un sector como el de la contratación público, siempre sospechado de coordinación, por lo que nos resulta positiva esta propuesta en particular.

En cuanto a la graduación de las multas, se propone reemplazar los criterios vigentes a través del nuevo artículo 58: *“graduará las multas en base al daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida; el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; el efecto disuasivo; el valor de los activos involucrados al momento en que se cometió la violación; la intencionalidad, la duración, la participación del infractor en el mercado; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y los antecedentes del responsable, así como su capacidad económica. La colaboración con el Tribunal de Defensa de la Competencia y/o con el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas en el conocimiento o en la investigación de la conducta podrá ser considerado un atenuante en la graduación de la sanción.”*Nótese que se incorporan criterios novedosos como el “efecto disuasivo” o “la intencionalidad”, siendo los demás conceptos similares a los ya existentes, si bien con matices.

La ABA formula ciertas recomendaciones sobre el particular: (i) alinear la forma de determinación de las multas con las técnicas prevalecientes en el derecho comparado; (ii) basar las multas en la medida y escala del comercio doméstico (aspecto que creemos está cubierto por el art. 3 y los casos mismos considerados en la propuesta, pero que bien valdría la pena aclarar en forma expresa); (iii) clarificar que la magnitud de la sanción estará alineada con la gravedad de la conducta en cuestión; (iv) determinar los criterios que permitirán determinar los valores de las multas, partiendo de la base que muchos de los conceptos utilizados por el texto propuesto resultan vagos y ambiguos; (v) excluir las ventas producidas en el exterior de toda consideración (ventas que, como dijimos, no vemos alcanzadas por el texto propuesto).

Por otra parte, observa –a nuestro criterio, con razón- que las máximas sanciones previstas deberían aplicarse sólo ante casos de coordinación y no así para supuestos de abusos unilaterales, obviamente, en atención a la diferencia en gravedad entre ambas conductas, extremo que debería ser objeto de expresa aclaración en el texto legal propuesto. Funda tal recomendación en las experiencias de los EEUU y la Unión Europea.

La ABA también objeta los criterios incluidos en el nuevo artículo 58, bajo el argumento de que daría lugar a que las sanciones más importantes se apliquen a conductas que no necesariamente resultan irreconciliables con la ley de defensa de la competencia (ejemplifica con casos de discriminación de precios, restricciones verticales, que pueden tener efecto pro competitivo), por encima de las multas que podrían recibir los acuerdos *colusivos* abiertos; situación que no se condice con la práctica prevaleciente a nivel mundial.Funda tal posición manifestando que de no atenderse la misma, la norma propuesta puede generar un desincentivo a la incorporación de eficiencias verticales, por un lado, y, por otro, sancionaría abusos unilaterales con la máxima dureza, cuando los mismos no son el resultado de acuerdo *colusivos* trabados y ejecutados en secreto, con la manifiesta voluntad de evadir el cumplimiento de la ley de defensa de la competencia y sus sanciones, sino desvíos fáciles de percibir y conducidos al margen de todo secretismo.

Tendemos a compartir esta observación que sería fácilmente subsanable por la vía de incorporar una distinción entre cada uno de los grupos de conductas referidos, expresando que los máximos estarán asociados con tales acuerdos *colusivos* abiertos y que los mínimos estarán vinculados con conductas unilaterales o verticales, cuyo carácter anticompetitivo es –efectivamente- más vidrioso.

Por último, la ABA sugiere incorporar criterios tales como: (i) la naturaleza del producto; (ii) la estructura del mercado; (iii) las participaciones de mercado de los sujetos investigados; (iv) las condiciones de entrada al mercado; (v) los efectos sobre los competidores y terceras partes; (vi) las potenciales justificaciones pro competitivas que pudiesen encontrar las conductas analizadas, como sugerimos antes; (vii) las alternativas disponibles a una sanción de multa.

Por su parte, la IBA señala que media consenso internacional en cuanto a que las multas sobre conductas violatorias de las leyes de defensa de la competencia constituyen el más importante medio de disuasión de tales prácticas. Agrega que si la multa supera las ganancias obtenidas por dichas conductas, se producirá efectivamente dicho objetivo disuasorio, para luego aclarar que en muchos casos la determinación de la ganancia efectiva de una conducta violatoria de la ley de defensa de la competencia puede tener efecto que la técnica legislativa no debe pasar por alto, como lo son: (i) puede insumir un enorme esfuerzo, incompatible con una eficiente administración de los siempre escasos recursos de la autoridad de aplicación, y con la prioridad de que la misma se concentre en la detección y sanción de nuevas prácticas violatorias (antes que en la determinación de las multas); (ii) las multas basadas en la ganancia real pueden debilitar su efecto disuasorio dado que se hace imposible para los sujetos involucrados determinar el valor de la multa que les espera por la práctica violatoria que estén considerando llevar adelante; (iii) por las mismas razones, puede debilitar los incentivos para que los sujetos involucrados adhieran al programa de clemencia.

Es por ello que la IBA pone énfasis en que la determinación de las multas cuente con un doble mecanismo. Uno que apunte a la determinación de las ganancias de la conducta sancionada y otro más simple y directo para el caso en que tal primera alternativa resulte muy compleja.

Desde nuestro punto de vista, el proyecto recepta esta inquietud pero impone una carga innecesaria sobre la autoridad de aplicación, toda vez que sólo le permite recurrir a la segunda alternativa en la medida en que medie imposibilidad de determinar la ganancia de la práctica objeto de sanción. Dicha exigencia se traducirá en la práctica en una pesada carga, dado que la autoridad deberá intentar determinar tal ganancia, comprobar que ello no es posible o redunda en un dispendio de sus recursos, para recién luego recurrir al segundo mecanismo de determinación.

En virtud de ello, sugerimos una pequeña modificación al texto propuesto, de modo que la autoridad pueda discrecionalmente recurrir a un mecanismo o a otro. De lo contrario, la carga será enorme y su incumplimiento se traducirá en un agravio para el sujeto sancionado que podría llevar la nulidad de la resolución sancionatoria, escenario que una sana técnica legislativa debe anticipar y evitar en todo en cuanto ello sea posible.

La IBA destaca el efecto multiplicador de las “guías de determinación de multas” sobre el factor disuasorio asociado con ellas.

Compartimos tal criterio y sugerimos que se incorpore en forma expresa en el proyecto de ley que la autoridad de aplicación deberá emitir tales guías. Si bien el proyecto incluye muchas funciones relativas a la difusión de la defensa de la competencia, no vemos con claridad y en forma expresa que se la autorice a emitir dichas guías, más allá de que a nuestro criterio sería a todas luces una función implícita de la autoridad de aplicación de la ley y que no exige su mención expresa (pero ayuda a potenciar el efecto disuasorio de las multas).

### Solidaridad entre las personas humanas y las personas jurídicas sancionadas con multa (art. 60 del proyecto)

En el esfuerzo por potenciar el efecto disuasorio, el proyecto incorpora –por un lado- la solidaridad en el pago de multas entre las personas involucradas y sancionadas y las personas jurídicas beneficiarias de ellas. Por otro lado, establece que las multas sobre las personas humanas no podrán ser solventadas por las personas jurídicas beneficiarias de la práctica sancionada.

Detectamos allí lo que creemos es un error que quitará el efecto disuasorio buscado, en la medida en que, en virtud de la solidaridad dispuesta, las personas humanas lograrían que las personas jurídicas beneficiarias de la práctica sancionada asuman el pago de las multas por la simple vía de insolventarse o bien articular alguna estrategia evasiva hacia la pretensión de cobro de tal multa.

En ausencia de sanciones de prisión o reclusión para las personas humanas que instrumentan una práctica anticompetitiva –que analizaremos brevemente a continuación-, sugerimos establecer un régimen especial de determinación de multas para tales personas humanas, que guarde relación con su involucramiento en tal conducta así como la condición patrimonial de los directivos involucrados, que reconoce una obvia diferencia de magnitud ante la situación patrimonial de las entidades involucradas. Allí sí tendría sentido establecer la prohibición de que la sanción de multa sea solventada por la entidad beneficiaria.

### Ausencia de sanciones de presión o reclusión para las personas humanas.

Una discusión interesante que surgió durante las charlas realizadas con motivo de la elaboración del proyecto en análisis[[18]](#footnote-19) pasa justamente por la incorporación de sanciones de prisión o reclusión para las personas humanas que llevaran adelante la práctica sancionada. El fundamento excluyente de tal alternativa pasa –ciertamente- por potenciar el factor disuasorio de la ley, en la medida que el riesgo excede lo meramente patrimonial, para traducirse en un problema notoriamente más grave.

En nuestra opinión, la inclusión de este tipo de sanciones en la legislación de defensa de la competencia se encuentra sobradamente justificada por la importancia que tiene la defensa de la competencia como herramienta para asegurar la realización de los derechos económicos y humanos de los habitantes del país. El derecho a un mercado competitivo se encuentra en la base misma del sistema económico y constituye una condición sin la cual la realización de tales derechos económicos y humanos se torna más dificultosa o, peor aún, depende de paliativos que terminan siendo financiados por el estado, que debe distraer recursos de sus funciones esenciales, cuando un sistema competitivo haría innecesaria tal política sustitutiva. De allí entonces que el derecho a un mercado competitivo reconozca raigambre constitucional y goce de protecciones procesales expeditas, conforme los artículos 42 y 43 de nuestra ley fundamental.

Así visto, la violación de la ley de defensa de la competencia, que reglamenta dichos preceptos constitucionales, reconoce una gravedad inusitada, comparable con los delitos más graves que se puedan concebir, ya que puede conducir a la pobreza a amplios sectores de la sociedad.

Por ello creemos que debe revisarse la decisión de excluir sanciones de prisión o reclusión para las personas humanas involucradas.

Es cierto que la inclusión de este tipo de sanciones ha merecido críticas en el foro local. Dichas objeciones no refieren a su incorporación en si misma sino al salto que significaría ir desde la prácticamente anomia en materia de defensa de la competencia, que dejara la última gestión, al extremo opuesto de encarcelar a los responsables.

Compartimos esa preocupación pero estamos convencidos de que ello no debería conducir a la exclusión de este tipo de sanciones del proyecto en análisis. En efecto, el obstáculo planteado puede ser fácilmente superado por la vía de incluir un periodo de transición en el cual tales sanciones no serían de aplicación, plazo cuya definición bien puede delegarse a la autoridad de aplicación, a fin de que determine la oportunidad en que la práctica haya madurado lo suficiente como para su vigencia práctica. Un mecanismo similar es utilizado por el proyecto para el pasaje desde la actual exigencia de autorización posterior a la toma control,hacia su requerimiento previo (art. 88 del proyecto).

En consecuencia, sugerimos incorporar sanciones de prisión para las personas humanas involucradas en prácticas que importan la violación de la ley de defensa de la competencia y de los derechos y garantías constitucionales establecidos por los artículos 42 y 43 de nuestra carta fundacional.

### Cambios al régimen recursivo - Nueva Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia (Cap. XI del proyecto).

Se mantienen las decisiones apelables: sanciones, órdenes de cese, oposición o condicionamientos a operaciones de concentracióneconómica, agregándose una específica para el caso en que la autoridad de aplicación rechace el acogimiento al régimen de clemencia.

Se vuelve a un plazo de 15 días para la interposición y fundamentación del recurso de apelación contra dichas decisiones, como lo preveía originariamente la Ley 25156, antes de su modificación por Ley 26993. Asimismo, propone eliminar el requisito de admisibilidad que hoy día exige el depósito previo de la multa objeto de apelación, en reemplazo del cual prevé la posibilidad de que la autoridad de aplicación exija el pago de la multa ante riesgo de insolvencia, en los términos del artículo 16 de la ley de medidas cautelares 26854.

Por otro lado, crea la Cámara Nacional de Apelaciones de Defensa de la Competencia como una sala especializada de laCámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, integrada por tres vocales, uno de los cuales oficiará de Presidente, contando cada uno de ellos, con un secretario letrado.

En términos generales los cambios propuestos resultan auspiciosos y en línea con los debates que sobre el particular se han mantenido en distintos ámbitos, donde la creación de un tribunal de justicia con competencia exclusiva en materia de defensa de la competencia es un tema de recurrente inquietud.

En particular, en nuestra opinión, el plazo de apelación de 15 días es insuficiente si uno atiende la complejidad de los temas tratados en los expedientes que tramitan cuestiones de defensa de la competencia, que hace imprescindible la estrecha colaboración entre economistas, abogados y especialistas sectoriales. Los plazos previstos a favor de las autoridades son generosos y susceptibles de ser ampliados en el supuesto de que la complejidad del caso así lo amerite. Los plazos previstos a favor de los sujetos encausados son breves y perentorios, generando un evidente desequilibrio que vulnera el principio de “igualdad de armas” que debe respetar todo procedimiento contradictorio. En tal sentido, bien cabe traer a colación los plazos de interposición previstos para los recursos de las leyes especiales de electricidad y de gas, que en ambos supuestos contemplan situaciones de complejidad comparables con el caso que nos ocupa y prevén un plazo de treinta días hábiles para la interposición del recurso judicial, conforme lo establecido por las Leyes 24065, artículo 81, y 24076, artículo 73.

# Nuevo programa de clemencia (Cap. IX del proyecto).

El proyecto propone seguir lo que es una práctica ampliamente difundida en el derecho comparado, esto es, la incorporación de programas de clemencia que han probado ser enormemente eficientes a la hora de desarticular conductas reprochables bajo las leyes de defensa de la competencia que resultan de la coordinación entre los actores del mercado de que se trate.

El éxito o fracaso de estos programas está estrictamente vinculado con la potencia del factor disuasorio establecido por la ley, lo que –a su turno y como dijimos antes- depende de la importancia de las sanciones y de la posibilidad cierta de que la conducta sea detectada, sancionada y tal consecuencia legal sea efectivamente cumplida.

El proyecto cumple cabalmente con tales consignas, incorporando un régimen que respeta el consenso generalizado en la materia. Así, el proyecto incorpora en el nuevo Capítulo IX el Programa de Clemencia, que en pocas palabras exceptúa o reduce las sanciones establecidas en favor de todos aquellos involucrados en la práctica investigada que aporten elementos ciertos tendientes a su acreditación, cese y sanción. Ya hemos visto que el proyecto, si bien perfectible, presta debida atención al factor disuasorio que hará que los sujetos involucrados consideren seriamente la posible de adherir al programa de clemencia.

Entre las características más relevantes, podemos destacar: (i) prevé la eximición de sanción cuando la denuncia bajo el programa implique un caso que no es objeto de investigación por la autoridad o bien, si se encuentra bajo investigación, ello no ha permitido a la autoridad hacerse de los elementos de juicio necesarios para acreditar la práctica en cuestión; (ii) exigiendo como contrapartida el aporte de elementos de prueba que permitan determinar la existencia de la práctica en cuestión, medie cooperación continua durante todo el procedimiento y cese inmediato del accionar, salvo que su continuidad sea necesaria a fin de facilitar el acceso a la verdad material y los medios probatorios del caso; (iii) similares exigencias deberán cumplir quienes adhieran posteriormente al programa, a cambio de una reducción de entre el 80 y el 20% de la multa prevista; (iv) aquellos sujetos investigados en virtud de los trámites iniciados a instancias de los dos supuestos anteriores, que adhieran al programa respecto de una práctica distinta a la analizada en dicho procedimiento, y cumplan respecto de tal nueva práctica las condiciones para acceder a la eximición de la sanción prevista para la nueva conducta a investigarse, recibirán como incentivo adicional la reducción de un tercio de la multa por la primera de las conductas objeto de investigación; (v) establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia mantendrá confidencialidad de la identidad de la persona que pretenda adherir; (vi) se prevé que la reglamentación de la ley establezca el procedimiento a través del cual deberá analizarse y resolverse la aplicación de los beneficios detallados (art. 62 del proyecto). Adicionalmente, se establece que (vii) la adhesión no podrá realizarse en forma conjunta por dos o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada y que (viii) quienes accedan al programa, tendrán inmunidad respecto de las sanciones previstas en los artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación.

La IBA observa la falta de previsión del procedimiento para acceder al programa y señala que ello puede redundar en un desincentivo para la adhesión al mismo, lo que se vería agravado por la dificultad para documentar suficiente el orden de cronológico de las peticiones. El mismo riesgo observa en la exigencia de una presentación formal o en la redacción de un acta de recepción de la declaración, toda vez que ello puede requerir una serie de aprobaciones corporativas y consecuencias legales en otras jurisdicciones, que puede actuar en detrimento de las posibilidades de adhesión al programa. Funda su posición en las experiencias de los EEUU, Canadá, la Unión Europea, Japón, Australia y muchas otras jurisdicciones donde se prevé expresamente que el procedimiento de aplicación al programa de clemencia se realiza en forma oral, excluyendo su documentación por vía escrita (*paperless leniency application process*).

La ABA formula similares comentarios.

Lo cierto es que la ley no establece dicho procedimiento sino que delega su dictado en el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que a nuestro criterio es correcto para que el mismo pueda ir ajustándose a la experiencia que se vaya adquiriendo en el tiempo. Su previsión por ley se opondría a tal ajuste y por ese motivo lo encontramos desaconsejable. Al reglamentar el procedimiento de adhesión, el Tribunal deberá prestar especial atención a los aspectos detectados por las autoridades que han implantando este tipo de programas en el pasado, entre los cuales deberá prever adecuadamente los aspectos que válidamente señala la IBA.

Entre tales aspectos, la ABA –por su parte- pone énfasis en lo que llama el *marker system,* que viene a cubrir todos los aspectos que deben de dotar de previsibilidad al mecanismo de aplicación, tales como asegurar el registro cronológico de las aplicaciones, detallar la cantidad de información necesaria para dar cumplimiento a los requisitos para acceder a los distintos beneficios (que puede ser un listado de información, siguiendo la práctica utilizada, por ejemplo, para la notificación de concentraciones económicas), por nombrar los más relevantes.

La ABA señala que una vez aceptada la aplicación al programa, se exige la colaboración continua y diligente del sujeto aceptado, cuyo cumplimiento tendrá obviamente como contrapartida un impacto en la graduación de la sanción de la eximición o de la reducción de la multa, en los términos resumidos más arriba, pero no se establece con claridad cuál será el procedimiento que se seguirá a ese efecto.

Dicha observación es atendible y si bien podría ser salvada vía reglamentación de la ley, creemos que mejoraría la fortaleza del régimen de clemencia el hecho que se incorpore al proyecto un párrafo que deje establecido –en la propia ley- que toda reducción de los beneficios del programa como consecuencia de la falta de colaboración sólo podrá tener su correlato en la cuantía de la reducción de la multa en la medida en que se brinde al sujeto afectado la posibilidad de recibir el cuestionamiento que se le hace, ejercer su defensa, obtener una decisión fundada, así como exigir revisión judicial suficiente.

La ABA comenta las experiencias de los EEUU y de la Unión Europea, que en ambos casos prevén objetivamente la información exigida para que un sujeto sea elegible bajo el programa de clemencia, sin reservarse facultad alguna para valorar subjetivamente la suficiencia de la prueba. Así, la exigencia se limita a la confesión de encontrarse incurso en una conducta sancionable bajo la ley de defensa de la competencia, más el aporte de información básica que permitirá a la autoridad iniciar la investigación, tal como mercado relevante, ámbito geográfico y no mucho más. Conceptualmente la ABA postula que el programa de clemencia será más efectivo si la exigencia para la elegibilidad se vincula con el inicio de la investigación antes que con su conclusión.

La IBA manifiesta similares inquietudes sobre el particular.

En tal sentido, el texto de la propuesta parece ser más exigente que el estándar de los EEUU y de la Unión Europea y lo recomendado por la ABA y la IBA, por lo que sería prudente eliminar la parte de la propuesta que exige que la información y prueba proporcionada sea suficiente para determinar la práctica, limitándola a la confesión de parte y determinación del mercado relevante en el que la práctica se lleva adelante.

Otra inquietud atendible que plantea la ABA pasa por el aseguramiento de la confidencialidad de la identidad de quien aplica al régimen de clemencia frente a autoridades de defensa de la competencia del extranjero, en la medida en que puede exponerlo a nuevas sanciones y eventuales planteos de años por parte de los afectados por las prácticas anticompetitivas de dichas jurisdicciones, circunstancia que puede traducirse en un fuerte desincentivo para la adhesión al programa de clemencia a nivel local. Sugiere entonces que se garantice confidencialidad en tal sentido y que tal garantía sólo ceda previa conformidad del interesado, citando como ejemplo en tal sentido el caso de Chile.

La IBA plantea inquietudes en el mismo sentido.

Compartimos el planteo de la ABA y la IBA por lo que parece recomendable que la confidencialidad asociada con el régimen de clemencia aclare expresamente que su alcance cubre tanto la jurisdicción local como otras del extranjero.

La ABA señala que el proyecto no contempla la posibilidad de que quien haya solicitado la adhesión al régimen de clemencia esté en condiciones de desistir de la misma con la garantía de que la información que hubiese proporcionado hasta entonces no podrá ser utilizada en su contra. Agrega que de aceptarse tal modificación al proyecto, sería factible reservar la posibilidad de que la autoridad lleve la investigación denunciada en base a pruebas que pudiese colectar por otro medio. Funda tal posición en el hecho que la imposibilidad de desistir del requerimiento de adhesión al régimen de clemencia podría traducirse en un desincentivo al mismo.

En nuestra opinión, se trata de una cuestión delicada, toda vez que prever la posibilidad que señala la ABA podría generar incentivos equivocados, ya que una parte involucrada en un conducta de coordinación podría obtener una suerte de indemnidad por la vía de presentar información y documentación que –una vez desistido el pedido- la autoridad de defensa de la competencia no podría utilizar. Dicha garantía no debería impedir que la autoridad llegue a la misma prueba por medios alternativos –por ejemplo, otro sujeto que adhiriese al programa, o bien mediante una investigación iniciada a instancia de un tercero-, dado que si la garantía sugerida por la ABA reconociese tal alcance podría ser asimilada a una indemnidad que generaría incentivos incorrectos a adherir al régimen para luego desistir y bloquear así la posibilidad de investigar una conducta que implica la coordinación de mercado. Así, en nuestra opinión la inquietud de la ABA sólo es atendible en la medida en que la autoridad puede avanzar en la investigación en base a otro sujeto que se auto-denuncia o bien ante la existencia de una denuncia por parte de un afectado por la práctica en cuestión. Lo que la autoridad no podría hacer es iniciar una investigación contra el sujeto adherente que luego hubiese desistido de tal adhesión, mediante una investigación iniciada de oficio y con el único antecedente resultante de la auto-denuncia desistida.

Otro aspecto que observa la ABA es la posibilidad de que la autoridad de defensa de la competencia exija al sujeto que se auto-denuncia que continúe en la práctica anticompetitiva en la medida en que su cese podría oficiar como señal de alerta para los demás sujetos coordinados, quienes podrían llevar adelante acciones tendientes a destruir evidencia que los involucre en la conducta denunciada. Funda tal observación en el hecho de que quien se auto-denuncia puede incurrir en nuevas responsabilidades por el hecho de hacerse eco del requerimiento de la autoridad de aplicación de mantenerse en cumplimiento del acuerdo colusivo.

Se trata en nuestra opinión de una definición de la técnica legislativa de relevancia. Por un lado están en juego los incentivos para que el sujeto involucrado en un acuerdo de coordinación se auto-denuncie, donde la posibilidad de que la continuidad de la conducta a pedido de la autoridad sin el acuerdo previo de auto-denunciado oficiará claramente como un desincentivo a la adhesión al régimen, en la medida en que la práctica alcance otras jurisdicciones y allí la continuidad de la práctica incrementase las contingencias que debe afrontar el auto-denunciado. Por otro lado, atender dicha situación y someter la continuidad de la conducta a la voluntad del auto-denunciado podría tener por efecto frustrar la posibilidad de sanción a los sujetos involucrados en la coordinación. No obstante, aún en tal escenario, la autoridad siempre podría llevar adelante la investigación y obtener prueba indiciaria suficiente para sancionar la conducta, toda vez que tales sujetos –una vez que hubiese trascendido al auto-denuncia- deberán necesariamente cesar en el cumplimiento del acuerdo de coordinación, como una de las tantas acciones que deberán llevar adelante para destruir evidencia que los involucre en la conducta. Ello, a su turno, hará que los precios prevalecientes tiendan a la baja y la contrastación de los mismos con aquellos que se registrasen previamente daría lugar a un fuerte indicio de la existencia de la práctica anticompetitiva; prueba que debería conducir a generar prueba suficiente, si sumada a la aquella que aportara el auto-denunciado.

Así las cosas, en la medida que el objetivo prioritario del régimen de clemencia debería ser desarticular las coordinaciones de mercado, antes que la sanción en sí misma de los sujetos involucrados, en nuestra opinión debería prevalecer el objetivo de establecer los incentivos adecuados para potenciar la posibilidad de auto-denuncia, antes que el objetivo sancionatorio en sí mismo, dado que el bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia es el excedente del consumidor, el cual logra un mayor grado de satisfacción al lograrse el cese de la coordinación que sostiene precios supra-competitivos, antes que con la sanción en sí misma, asociada sólo en forma mediata con dicho bien jurídico, en la medida en que implica un factor de disuasión para dichas conductas.

Parece claro en nuestra opinión que la técnica legislativa debería priorizar el cese de la coordinación de precios por sobre el factor disuasorio resultante de la imposición de una sanción a los sujetos involucrados en dicha conducta anticompetitiva.

# Nuevo régimen de daños y perjuicios por conductas anticompetitivas con sanciones firmes, incorporación de la “multa civil”. Nuevo plazo de prescripción (Cap. X, art. 73, 2do párr.; proyecto).

El proyecto propone incluir un régimen especial de responsabilidad a partir del establecimiento en un Capítulo específico, el X, de la interrelación que tendrá la resolución firme de la autoridad de aplicación de defensa de la competencia para el ulterior resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los sujetos afectados por las conductas anticompetitivas sancionadas por dicha autoridad y consentidas en sede del Tribunal de Defensa de la Competencia o bien ratificadas por la instancia de revisión judicial. Así, se dispone que tal resolución hará cosa juzgada sobre la materia de modo que el pleito en el que se tramite el resarcimiento del daño causado por la conducta sancionada sólo estará encaminado a demostrar la magnitud de tal perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la conducta sancionada.

Adicionalmente, propone que dicho proceso judicial tramite como proceso sumarísimo, así como que los sujetos afectados serán beneficiados por una multa civil que será fijada en forma complementaria a la reparación de los perjuicios sufridos y de acuerdo a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Por otra parte y en línea con la idea de generar los incentivos adecuados para el éxito del régimen de clemencia, se propone la eximición de responsabilidad tanto por los daños y perjuicios causados como sobre la multa civil, para aquellos sujetos involucrados en la conducta sancionada que hubiesen adherido a dicho régimen y hubiesen obtenido los beneficios derivados del mismo.

Por lo demás, establece la solidaridad entre los sujetos sancionados, exceptuando el beneficiario del régimen de clemencia, salvo el caso en que ello no permitiese que los sujetos afectados recibiesen el resarcimiento y la multa civil del caso, en cuyo supuesto el beneficio cedería.

Ante tal propuesta, la ABA sugiere que (i) se indique expresamente que sólo las personas directamente perjudicadas por las conductas sancionadas estén legitimadas para llevar adelante tales acciones de daños y perjuicios; (ii) así como que aclare si el análisis y determinación de los daños y la multa civil propuesta debe o no considerar el eventual traslado del precio supra-competitivo “aguas abajo” del segmento en el cual la conducta hubiese tenido impacto directo; (iii) que se regule en forma más detallada la forma en que interactuarán el régimen de clemencia y los beneficios acordados bajo el mismo frente a los daños y perjuicios y la multa civil aplicados como sanción a la conducta en cuestión; (iv) que los beneficios que se otorguen de eximición o reducción de multa sean automáticamente de aplicación estos otros rubros cuando la autoridad acepte la adhesión de un interesado al régimen de clemencia; (v) que se dispongan normas específicas para su reconocimiento en el caso en que no medie sanción de parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, y; (vi) que se precisen los términos, supuestos y alcances bajo los cuales cederá la eximición o reducción de los beneficios otorgados a quienes hubiesen adherido al régimen de clemencia.

Compartimos las observaciones hechas por la ABA y sugerimos incorporar mayor grado de detalle respecto de cada uno de los aspectos detallados a fin de evitar que los mismos se traduzcan en disposiciones extremadamente abiertas que den lugar a una litigiosidad que en algún aspecto puede comprometer el éxito del régimen de clemencia, en la medida en que deje abierta la posibilidad para realizar reclamos aún respecto de sujetos beneficiarios de dicho programa.

# Nuevo Régimen de Fomento de la Competencia (Cap. XIV del proyecto).

El proyecto propone crear un régimen de fomento de la competencia, a cuyo fin contempla una repartición específica, la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, dotándola de los recursos económicos necesarios para su desenvolvimiento, entre los que se destaca el 25% de las multas firmes percibidas en virtud de sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (sumándose los rendimientos que obtenga de dichos fondos, las donaciones y recursos presupuestarios que pueda disponer del Tesoro Nacional). A partir de los recursos que administre, estará en condiciones de financiar proyectos tendientes al fomento de la competencia, con prioridad en aquellos sectores en los que se hubiesen impuesto sanciones, quedando prohibido que puedan redundar en beneficio de las personas sancionadas, por un plazo de 5 años de recibida tal sanción.

Dicha repartición estará en condiciones de (i) celebrar convenios de colaboración para la capacitación de los agentes que deban intervenir en procesos judiciales en materia de defensa de la competencia;(ii) elaborará con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –INDEC- indicadores del comportamiento de los consumidores y de incidencia de la competencia en los mercados de nuestro país; (iii) podrá elaborar anteproyectos normativos para la modernización y mejora de las condiciones de la competencia, así como emitir informes y sugerencias de oficio o a pedido de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios u órganos de la Administración; (iv) deberá ser informada por las autoridades sectoriales en forma previa al dictado de todo acto administrativo que pueda afectar el régimen de competencia, debiendo tal autoridad sectorial dar cuenta de los comentarios emitidos por la Subsecretaría de Fomento de la Competencia en los considerandos del acto administrativo que finalmente dicte; (v) en el marco de dicho análisis y de mediar impactos serios en materia de competencia, podrá convocar audiencia pública; (vi) deberá realizar un informe anual de la situación de la competencia en el país.

La propuesta en comentario es tan auspiciosa como ambiciosa, en la medida en que esta nueva autoridad debería tomar intervención especial ante el dictado de todo acto administrativo que pudiese afectar a la competencia, adquiriendo un involucramiento sectorial muy interesante y que puede mejorar significativamente la calidad de la técnica regulatoria sectorial, principalmente en lo relativo a su impacto en la competitividad de tales sectores. Asimismo, tiene una misión macro enorme, dado que se propone identificar aquellos sectores que más adolecen de competencia a fin de llevar allí sus actividades de fomento.

### Nuevas normas supletorias (art. 84 del proyecto).

El proyecto propone volver al régimen penal, tanto de fondo como de forma, para su aplicación supletoria en todos aquellos aspectos no definidos en la misma ley de defensa de la competencia, lo que importa dejar de lado la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19549, que reemplazara el régimen procesal penal a partir de la modificación introducida por la Ley 26993.

En el marco de los debates del proyecto de ley se fundó esta modificación en la necesidad de simplificar el procedimiento así como el de evitar las alternativas de vista de las actuaciones que contempla la Ley de Procedimientos Administrativos, que en muchos casos no resultan consistentes con el sigilo y confidencialidad que ciertos asuntos deben reconocer.

Encontramos razonable el cambio propuesto.

### Derogación de las leyes 22.262, 25.156 y los artículos 65 al 69 del capítulo IV de la ley 26.993. Autoridad provisional de defensa de la competencia (art. 85 del proyecto).

En línea con la idea de constituir una nueva autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia, en los términos antes descriptos, se deroga toda disposición relativa al tema a la vez que se establece la autoridad de aplicación provisional en la actual Secretaría de Comercio como organismo decidor y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como instructora y emisora de dictámenes no vinculantes para la adopción de la decisión final en sede administrativa por parte de dicha Secretaría de Estado.

Recordemos que los actuales artículos 17 y 19 de la Ley 25156, sustituidos por el artículo 65 de la Ley 26.993, establecen que el Poder Ejecutivo Nacional determinará la autoridad de aplicación, que será asistida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y que por Decreto 718/2016 se dispuso que tal calidad sería reconocida en la Secretaría de Comercio (art. 1) y que la mentada Comisión actuaría como organismo desconcentrado en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción (art. 2); Secretaría que establecerá las acciones y funciones de asistencia de la Comisión, las cuales fueron definidas por

### Ratifica la derogación de las competencias atribuidas a entes sectoriales (art. 86 del proyecto).

Al igual que el artículo 58 de la versión original de la Ley 25156, el proyecto propone la concentración de toda competencia en la materia a la autoridad de defensa de la competencia. Cabe recordar que con anterioridad, la mayoría de los sectores que contaban con legislación especial tenían normas propias de defensa de la competencia, cuya aplicación quedaba a cargo de los entes sectoriales, generando una notoria dispersión y pérdida de oportunidades de desarrollo del área, en la medida en que –en nuestra opinión- la prioridad de dichos entes pasaba por los servicios que controlan y regulan, antes que por la detección y sanción de conductas anticompetitivas que puedan tener por efecto un perjuicio al bien jurídico protegido por la ley.

Por ende, en nuestra opinión, la concentración de las competencias en la materia resulta crucial para el éxito y vigencia práctica de la ley de defensa de la competencia, en la medida en que da lugar a un órgano especializado en la materia, cuya competencia excluyente es asegurar el bien jurídico protegido por dicha ley, con amplias atribuciones de investigación, difusión, sanción y recomendación ante las propuestas regulatorias de distintas reparticiones de la administración, en la medida en que ello dé lugar a la distorsión de la competencia.

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1993). Especializado regulación económica (con foco en energía y telecomunicaciones) y defensa de la competencia. Posgrado en Derecho de las Telecomunicaciones (Facultad de Derecho, UBA, 1996). Master en Derecho Empresarial (ESEADE, 1999). Realizó otros cursos y participó de conferencias relativas a sus áreas de práctica; expuso sobre temas de su interés en distintas entidades y conferencias. Profesor en el Programa de Regulación de Telecomunicaciones de la Asociación Argentina de Derecho de las Telecomunicaciones desde 2001. Profesor titular de la materia Regulación Económica y Defensa de la Competencia de la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas ESEADE, donde dicta clases desde 2003. Colaborador del equipo de trabajo para la propuesta de un marco legal especial para las fuentes de energía renovables del Instituto Argentino de Energía “General Mosconi” (2014). Contribuyó con el capítulo “Aspectos institucionales, legales y regulatorios” del nuevo libro “Energías renovables no convencionales. Argentina frente al desafío de un futuro sostenible”, recientemente publicado por la editorial del Instituto Argentino de Energía General Mosconi (2016). Socio del Estudio O´Farrell (ingresó en 1998 y es socio desde 2007). Email: *siboldia@eof.com.ar* [↑](#footnote-ref-2)
2. No debemos cansarnos de remitir a la literalidad del mandato constitucional:

*“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

*Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.*

*La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”* [↑](#footnote-ref-3)
3. Hemos subido el proyecto a nuestra para consideración de todo interesado: <http://www.estudio-ofarrell.com.ar/nuevo-proyecto-modificacion-ley-defensa-la-competencia/>. Este artículo fue preparado en base a un proyecto previo que difiere del finalmente presentado sólo en cuanto a la numeración. [↑](#footnote-ref-4)
4. El “excedente del productor” se calcula como una resta entre los ingresos por las ventas de bienes y servicios y el costo que tiene para las empresas producir y vender dichos bienes o servicios. El “excedente del consumidor” es la diferencia entre el valor que tienen para los consumidores los bienes o servicios producidos y vendidos (refiere al precio máximo que estarían dispuestos a pagar) y el precio que dichos consumidores erogarán para adquirirlos. La suma de ambos excedentes constituye el “excedente total”. [↑](#footnote-ref-5)
5. No el precio, que restado al valor dará por resultado el Excedente del Consumidor, sino el precio máximo que estarían dispuestos a pagar, desde su particular punto de vista (subjetivo). [↑](#footnote-ref-6)
6. Puede consultarse, entre muchos otros, Hovenkamp, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice.* West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1994. Posner, A. Richard y Easterbrook, H. Frank. *Antitrust – Cases, Economic notes and other materials – Second Edition.*West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1980. [↑](#footnote-ref-7)
7. La autoridad de aplicación señala que la jurisprudencia muestra una tendencia bastante clara a sancionar todas aquellas prácticas horizontales concertadas que han sido suficientemente probadas y representan casos de colusión abierta (cons 394, Dictamen CNDC N° 513, del 25/07/05). [↑](#footnote-ref-8)
8. En este sentido, es dable señalar que en el caso “Agip” la Corte Suprema sostuvo que los acuerdos horizontales de precios y cuotas y los repartos de mercados tienen de por sí capacidad para afectar dicho interés general de manera potencial, pues privan a los compradores del producto de los beneficios que podrían obtener si las condiciones imperantes fueran las de competencia en precios y cantidades. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 25156, art. 6. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 25156, art. 10. [↑](#footnote-ref-11)
11. Tomando como punto de partida el informe de la OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Argentina – Examen inter-pares”. OCDE, 2006. [↑](#footnote-ref-12)
12. Esteban Greco y Diego Petrocolla han realizado análisis estadísticos de flujo de trámites y aprobaciones de la autoridad de aplicación: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/41890/> [↑](#footnote-ref-13)
13. Decreto 89/01 y Resolución de la ex Secretaría de Coordinación Técnica 26/06. [↑](#footnote-ref-14)
14. Disposición 14/1999, COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (B.O. 04/10/1999) y Resolución 164/2001 SECRETARIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR (B.O. 30/11/2001). [↑](#footnote-ref-15)
15. Párrafo incorporado por art. 4° del Decreto N° 396/2001, B.O. 5/4/2001. Vigencia a partir del 9/4/2001. [↑](#footnote-ref-16)
16. *“RECUSACION CON EXPRESION DE CAUSA*

*Art. 17. - Serán causas legales de recusación:*

*1) El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados.*

*2) Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima.*

*3) Tener el juez pleito pendiente con el recusante.*

*4) Ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales.*

*5) Ser o haber sido el juez autor de denuncia o querella contra el recusante, o denunciado o querellado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito.*

*6) …*

*7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.*

*8) Haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes.*

*9) Tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato.*

*10) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto.”* [↑](#footnote-ref-17)
17. En el caso en que la CNDC investigó la práctica adoptada por la empresa Massalin Particulares y Nobleza Piccardo de establecer un sistema de comercialización de cigarrillos a través de distribuidores exclusivos zonificados (“SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros (2000)”), negándoles a los subdistribuidores independientes la posibilidad de comprar y revender sus productos, a fin de evaluar si la práctica denunciada constituía una restricción de la competencia, con efecto negativo, actual o potencial, sobre el Interés Económico General, se analizaron las siguientes circunstancias: a) hasta qué punto las prácticas bajo examen han afectado las alternativas que enfrentan los consumidores; b) si el acuerdo contribuyó a mejorar la distribución de bienes y a promover el progreso tecnológico o económico; c) si las restricciones impuestas eran indispensables para la obtención de los beneficios; y d) si los acuerdos fueron capaces de eliminar la competencia en una parte sustancial de los mercados de los productos en cuestión.

En primer lugar, la CNDC aclara que la exclusividad que contemplan los contratos entre empresas productoras de cigarrillos y los distribuidores mayoristas no se extiende al comercio minorista, ya que las bocas de expendio de cigarrillos están constituidas en su inmensa mayoría por kioscos. Por tanto, se concluye que eso elimina muchos de los potenciales perjuicios que la exclusividad podría tener para el consumidor final del producto, ya que el acceso a las diferentes marcas en la generalidad de las bocas de expendio existente queda con ello asegurado. [↑](#footnote-ref-18)
18. Se hicieron varias en el ámbito del Foro Competencia y en el de la Comisión de Defensa de la Competencia del Colegio de Abogados de la Ciudad. [↑](#footnote-ref-19)