

TESIS DOCTORAL

“PROBLEMÁTICA DEL DISEÑO INSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA”

TESISTA

MIGUEL ÁNGEL DE DIOS

ABOGADO

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MAGISTER EN LEYES (LL.M.)

UNIVERSIDAD DE MIAMI

ESPECIALISTA EN REGULACIÓN ECONÓMICA

UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

INVESTIGADOR EN CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

DIRECTOR DE TESIS

ALBERTO DALLA VÍA

DOCTOR EN DERECHO

DOCTOR EN CIENCIA POLÍTICA

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

DIPLOMADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLÍTICA

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DE MADRID

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. FACULTAD DE DERECHO (UBA)

DIRECTOR DE LA COMISIÓN DE DOCTORADO. FACULTAD DE DERECHO (UBA)

PRESIDENTE DE LA **ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS POLÍTICAS Y MORALES**

ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES.

JUEZ DE LA CÁMARA NACIONAL ELECTORAL.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ÍNDICE TEMÁTICO

Introducción	5
La Defensa de la Competencia como Motor del Desarrollo	5
Presentación de la Tesis	12
Hipótesis.....	12
Metodología.....	13
Distribución Metodológica.....	14
Parte I - La Defensa de la Competencia. Estado del Conocimiento.	17
Capítulo 1. Conceptos Legales y Nociones Económicas Básicas	21
1. Concepto de Defensa de la Competencia.....	21
2. Reseña Normativa.....	28
3. Bases Constitucionales y Convencionales de la Defensa de la Competencia.....	39
4. Ilícitud, Nociones Económicas Básicas y Bien Jurídico Protegido.	44
Capítulo 2. Las Áreas de la Defensa de la Competencia	57
1. Prácticas Restrictivas de la Competencia.....	57
2. El Abuso de Posición Dominante	70
3. Las Operaciones de Concentración Económica.	74
4. La Promoción y el Fomento de la Competencia	80
5. Normas de Procedimiento.	83
6. Sanciones.	86
7. El Programa de Clemencia.	91
8. Umbrales Económicos y Montos Relacionados con la aplicación de ley.....	94
9. Revisión Judicial. Apelaciones.....	96
10. Prescripción.....	98
Parte II - El Diseño Institucional de la Agencia de Defensa de la Competencia	100
Capítulo 3. Aspectos Estructurales del Diseño Institucional.....	106

1. El paradigma de la Independencia de las Agencias de Competencia. El Dilema entre Independencia versus la Rendición de Cuentas Política.....	106
2. Estructura: ¿Cuerpo colegiado integrado por varios miembros o un órgano ejecutivo unitario?	123
3. ¿Agencia Autónoma o Agencia Integrada dentro de otros Departamentos de Gobierno?	134
4. ¿Una Única Agencia o Diversos Entes o Departamentos de Gobierno con responsabilidad por el cumplimiento de la ley de libre competencia?	138
5. Debido Proceso y Revisión Judicial. Eficacia y Legitimidad Institucional de la Agencia.	147
Capítulo 4. Aspectos Operacionales del Diseño Institucional.....	172
1. ¿Agencia con un solo propósito o Agencia de múltiples propósitos?	172
2. ¿Agencia a cargo de hacer cumplir la ley de defensa de la competencia exclusivamente o Agencia también a cargo de contribuir a la determinación de la política pública de competencia?.....	188
3. Remedios con los que cuenta: ¿Qué hay en el Kit de herramientas?	193
4. El Diseño Administrativo Interno de la Agencia.....	214
Parte III - La experiencia de la Agencia de la Competencia en Argentina	218
Capítulo 5. Antecedentes normativos y funcionamiento de la Agencia Argentina con una mirada crítica.....	221
1. Los antecedentes normativos	221
2. Los informes de los pares evaluadores.....	228
3. La evaluación de los efectores del sistema	253
Capítulo 6. La reforma en miras hacia el futuro	306
1. La opinión de expertos internacionales sobre el futuro de la competencia en Argentina a la luz de la Ley 27.442	306
2. Evaluación de los principios y aspectos principales que debe tener el diseño institucional de la agencia de competencia.....	310
3. Los proyectos legislativos de modificación de la LDC con trámite parlamentario	326
Consideraciones finales	349
Conclusión.....	356
Fuentes Bibliográficas	359
Casos y Jurisprudencia	368

Introducción

La Defensa de la Competencia como Motor del Desarrollo

Existe un consenso en los campos de la ciencia económica, jurídica y política de que la competencia es fundamental para la economía de mercado y el desarrollo económico. En efecto, la competencia favorece la innovación, estimula la mejora en la calidad de los productos y servicios que las empresas ofrecen en el mercado, induce a las empresas a realizar sus mayores esfuerzos para rebajar sus costos de producción y termina provocando una reducción de precios con el fin de ganar mercado. Todo ello se traduce en beneficio para el consumidor porque en definitiva el fin último que va a perseguir la defensa de la competencia es maximizar el interés o excedente del consumidor. Pero también la promoción y la defensa de la competencia es un instrumento fundamental para la organización de una economía de mercado eficiente, dinámica y apta para incorporar al mercado al intenso proceso de innovación que caracteriza a la economía globalizada. Éstas, a su vez, son condiciones necesarias para el desarrollo económico.

Es abundante la literatura en las ciencias económicas que sostiene la importancia de la competencia para aumentar la productividad y el desarrollo económico. El eficiente uso y

manejo de recursos en el sector privado está directamente relacionado con el nivel de competencia que tiene cada país. Un mayor nivel de competencia promueve mejores prácticas gerenciales, y alimenta una relación virtuosa entre la competencia y productividad¹ (RED 2018).

En un universo ideal donde los mercados pudieran alcanzar altos niveles de competencia y así lograr un uso eficiente, no habría necesidad de desarrollar desde las instituciones una regulación para lograr ese ideal. No obstante, ello no ocurre en el mundo real, sino que por lo contrario muchas veces los mercados no logran un nivel de competencia satisfactorio. Por ello, las instituciones cumplen un rol fundamental para garantizar la competencia y así impulsar el desarrollo económico del país y el acceso a bienes y servicios por parte de los ciudadanos. La regulación de la competencia es una parte crucial de la infraestructura social necesaria para el desarrollo de empresas según explican Hall y Jones (1999)² que estudian las diferencias en productividad entre distintos países.

Así, entonces, para proteger y fomentar esa dinámica competitiva deberán establecerse normativas y regulaciones que eviten, disuadan y corrijan prácticas contrarias a la libre competencia: prácticas no competitivas o anticompetitivas y también se deberán evitar las

¹ Álvarez, F., Eslava, M., Sanguinetti, P., Toledo, M., Alves, G., Daude, C., & Allub, L. (2018). RED 2018. Instituciones para la productividad: hacia un mejor entorno empresarial (report). Caracas: CAF.

² Hall, R. and Jones, C. (1999): *Why Do Some Countries Produce So Much More Output per Worker than Others?*, The Quarterly Journal of Economics, 1999, vol. 114, issue 1, 83-116

concentraciones de empresas que pueden facilitar o provocar que tales agentes de mercado potencien o consoliden un poder de mercado que resulte lesivo para la competitividad de este y, en consecuencia, el bienestar del consumidor. Así como señala el premio nobel de economía Jean Tirole “...Los economistas desde hace mucho tiempo han elogiado las virtudes de los mercados. La competencia sin restricciones protege a los consumidores de la influencia política de los lobbies y obliga a los productores a ofrecer productos y servicios a su costo de producción. Desafortunadamente, la competencia rara vez es perfecta, los mercados fallan y el poder del mercado -la capacidad de las empresas de aumentar el precio sustancialmente por encima del costo u ofrecer baja calidad- debe mantenerse bajo control.”³

Es solo a través de una práctica rigurosa y técnicamente confiable que la política de defensa de la competencia podrá alcanzar los objetivos que persigue. En caso contrario, los costos económicos y sociales de las políticas activas de defensa de la competencia pueden resultar superiores a los beneficios que la misma pudiera proveer.

La evidencia empírica indica que el establecimiento de una práctica óptima de la defensa de la competencia es una propiedad escasa en los países en vías de desarrollo. Así ha

³ TIROLE, Jean de la Escuela de Economía de Toulouse, Francia, traducción libre de la conferencia de recepción de su premio nobel, el 8 de diciembre de 2014 sobre “Fallas de Mercado y Política Pública”. Ver en “Forthcoming, American Economic Review and Les Prix Nobel “https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/prize_lecture_february_192015_bis.pdf

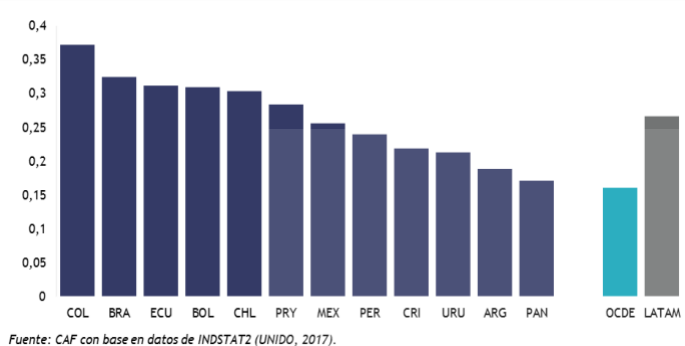
resultado que la apreciación de este instrumento de regulación económica y los mecanismos de su implementación no ha sido siempre uniforme ni pacífica cuando se trata de países emergentes.⁴ En efecto, el establecimiento de reglas de competencias y la constitución de sus agencias respectivas ha sido cuestionado en aquellas economías donde su limitada escala no permite la existencia de varios jugadores en un mismo mercado, o bien, donde los incentivos a los nuevos entrantes al mercado (por su limitada dimensión) han estado usualmente asociados a la concesión de ventajas o privilegios especiales. Las condiciones para el establecimiento de monopolios legales en ciertos nichos de mercado estuvieron muchas veces asociados al otorgamiento de ventajas especiales a ciertos inversores más que a las razones de índole estrictamente económica que las justificaran.

En el trabajo de RED (2018) encontramos un estudio empírico que estudia cómo las instituciones, a través de la regulación de la competencia, impactan en la productividad de varios países latinoamericanos. El nivel de competencia es notablemente menor en los países latinoamericanos que poseen un grado menor de desarrollo. Tomando como medida el índice de Lerner⁵ podemos observar en el siguiente gráfico, que en el sector más productivo hay mayor concentración en los países latinoamericanos.

⁴ FOX, Elenor M. "Competition Policy: The comparative advantage of developing countries", 2016.

⁵ El índice de Lerner fue desarrollado por el economista Abba Ptachya Lerner en 1934, y describe la capacidad de control sobre un mercado (o el poder de mercado) de una empresa. El índice asume que, cuanto mayor sea el control sobre el mercado que una empresa tenga, tanto más elevados serán los precios de sus productos respecto a los precios que se darían en un mercado de competencia perfecta. El objetivo del análisis permitiría encontrar el punto en el cual la relación precio-cantidad vendida maximiza la ganancia de la empresa. El índice

Índice de Lerner Sector manufacturero de América Latina y OCDE, 2000-2015



El bajo desempeño de las instituciones latinoamericanas permite explicar el rezago respecto a los países más desarrollados. El esfuerzo por fortalecer las instituciones es obligatorio para alcanzar un desarrollo económico. Los especialistas en desarrollo de la Corporación Andina de Fomento señalan que el impacto de las políticas de competencia es particularmente fuerte cuando se mejoran aspectos institucionales como, por ejemplo, el nivel de independencia de la autoridad de competencia y el grado de separación entre jueces y el organismo a cargo de realizar las investigaciones. Asimismo, el reconocido economista que estudia el rol de instituciones para el desarrollo, Buccirossi (2013)⁶, remarca que la

de Lerner busca proporcionar un criterio por el cual un observador externo a la empresa (y de allí su utilidad para los reguladores) puede determinar la capacidad de una empresa de efectuar ese análisis sin considerar las acciones de otras, o, en otras palabras, efectuar modificaciones a sus precios sin otra consideración que el efecto en la demanda y costos de producción.

⁶ Buccirossi, P., Ciari, L., Duso, T., Spangolo, G. y Vitale, C. (2013). Competition policy and productivity growth: An empirical assessment. The Review of Economics and Statistics, 95(4), 1324-1336.

efectividad de las políticas de competencias *“se incrementa significativamente cuando el sistema judicial es más eficiente, el Estado de derecho es más fuerte y el grado de cumplimiento de las leyes es mayor”*. La cohesión entre el régimen de protección de defensa de la competencia y el sistema legal es fundamental para lograr previsibilidad y orden en el desarrollo de actividades económicas. Así es que los argumentos a favor de promover políticas pro competitivas, con sus matices o modelos diferenciados y aun en economías en desarrollo, son más vigorosos que las reservas manifestadas.⁷

Por lo tanto, podemos afirmar que en la actualidad existe acuerdo acerca del beneficio del establecimiento de regulación y políticas de defensa de la competencia no solo respecto de las economías desarrolladas de los países centrales sino también para los países emergentes o en vías de desarrollo. Fundamentalmente, porque en las economías fuertemente reguladas, con costos de transacción innecesarios para el desarrollo de negocios y, a su vez, con significativas asimetrías de ingresos y sectores importantes de su sociedad bajo niveles de pobreza, la defensa de la competencia debe ser un objetivo de política fundamental. Así, también podemos señalar este objetivo sobre la base de dos aspectos necesarios (i) posibilitar la transformación de una economía sobre-regulada en una economía de mercado que cuente con un sistema de reglas previsibles y un sistema regulatorio no distorsivo que estimule la inversión y promueva el desarrollo; pero (ii) cuyo diseño institucional resulte

⁷ FOX, Elenor M. op.cit.

apropiado para garantizar a su vez, la legitimidad social del mercado como mecanismo de asignación de recursos.



Presentación de la Tesis

Hipótesis

En este trabajo se desarrolla la hipótesis de que en materia del diseño del marco normativo institucional para la defensa de la competencia no existe un modelo ideal que sea universalmente aplicable dada la fuerte influencia que el contexto económico, social, político y jurídico tiene en cada jurisdicción nacional. Sin embargo, hay ciertos presupuestos específicos y determinados que inciden de manera crítica para el fortalecimiento de la calidad y eficiencia de la política de defensa de la competencia en Argentina.

En breve, la hipótesis plantea que para el mejor desarrollo de la defensa de la competencia en la Argentina es fundamental que el marco normativo institucional contemple:

- (a) Una agencia de defensa de la competencia que sea colegiada (un número plural de miembros), interdisciplinaria (que los integrantes tengan formación jurídica y/o económica) e independiente (con autonomía funcional y autarquía financiera dentro del área de la administración en la que se encuentre);
- (b) una separación funcional de las tareas de investigación y denuncia de las prácticas violatorias de la ley respecto de la función de resolver;

(c) normas de procedimiento que garanticen un desarrollo acusatorio o adversarial del procedimiento ante la agencia donde quede fortalecida la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso de las partes; y,

(d) la participación institucional de una agencia o dependencia del Poder Ejecutivo que exprese en ciertos casos la opinión del poder político de turno en la etapa procesal oportuna dentro del proceso formal de toma de decisión de la agencia de modo que permita un juego dialógico entre la decisión técnica en materia de competencia y la perspectiva de la política económica.

Metodología

A fin de comprender la importancia de estas características se propone principalmente una metodología analítica descriptiva. En el presente trabajo se ha investigado el estado actual del conocimiento en materia de defensa de la competencia siguiendo el tratamiento normativo de los principales modelos de defensa de competencia a lo largo del mundo. Se realiza una exhaustiva revisión de literatura específica nacional y comparada sobre defensa de la competencia.

Asimismo, a fin de buscar un mayor rigor científico no se limita el trabajo sólo a un desarrollo teórico del diseño institucional sino también práctico y empírico. Es por ello por lo que se busca estudiar prácticas exitosas de la Defensa de la Competencia en Argentina, en la que denominamos etapa moderna de la agencia de la competencia en nuestro país, para ello realizamos el relevamiento de las opiniones de expertos, nacionales y extranjeros,

de los organismos internacionales de evaluación de agencias de competencia y de las percepciones de los efectores del sistema, siempre dentro del espectro temporal de esta investigación, encontrando una relación con la importancia de un sistema legal que imponga un diseño institucional que genere condiciones más favorables para el éxito de la práctica de defensa de la competencia en Argentina.

Distribución Metodológica

El presente trabajo se organiza en tres partes temáticas diferentes para desarrollar en total seis capítulos expositivos.

En la Parte I se resume a través de dos capítulos el estado del conocimiento en Argentina.

En el Capítulo 1. Conceptos Legales y Nociones Económicas Básicas se desarrollan las nociones básicas y fundamentales que caracterizan la defensa de la competencia, sus características y fundamentos de acuerdo con como han sido receptadas por la normativa, jurisprudencia y doctrina en Argentina. En el Capítulo 2. Las Áreas de la Defensa de la Competencia se identifican las áreas y problemáticas generales de la defensa de la competencia siguiendo expositivamente para su simplificación, la normativa argentina vigente. Esta primera parte es un punto crucial para ubicarnos en la defensa de la competencia o *antitrust law* en la Argentina.

Luego, en la Parte II se desarrolla el núcleo central del objeto de este trabajo. Allí se aborda en profundidad las alternativas del diseño institucional para la defensa de la competencia.

En el Capítulo 3. Aspectos Estructurales del Diseño Institucional se analiza lo que denominamos

aspectos estructurales del diseño institucional para la defensa de la competencia y en el Capítulo 4. Aspectos Operacionales del Diseño Institucional lo que establecemos como aspectos operacionales del diseño institucional para la defensa de la competencia. Para ello recurrimos a la doctrina nacional e internacional más importante y los estudios, investigaciones y desarrollos de organismos, entidades e instituciones sobre los modelos y diseños de las agencias de competencia en el mundo.

La Parte III se ocupa de la evaluación empírica del diseño institucional en la Argentina. En el Capítulo 5. Antecedentes normativos y funcionamiento de la Agencia Argentina con una mirada crítica se describen los antecedentes normativos argentinos con una mirada crítica, y para evaluar lo que denominamos la “etapa moderna” del diseño institucional para la defensa de la competencia en Argentina (i) se reseña y analiza las revisiones internacionales de los pares evaluadores en 2006 y 2012, en el marco de la OCDE, y finalmente en 2017, en el marco de UNCTAD, (ii) relevamos la mirada y las percepciones subjetivas de los efectores del sistema mediante una encuesta realizada a los operadores del sistema de competencia (miembros y funcionarios de la agencia, profesionales que intervienen regularmente ante el organismo, académicos y estudiosos de la materia, etc.) y (iii) confrontamos las opiniones anteriores con los datos estadísticos de casos de la agencia, la reseña de los principales casos junto a la opinión de la literatura específica sobre la agencia de competencia en Argentina. En el Capítulo 6. La reforma en miras hacia el futuro, se hace una mirada crítica hacia el futuro de la agencia analizando el material compulsado, las pautas de las buenas

prácticas en la actuación de la agencia de competencia y cómo los principios fundamentales del diseño institucional pueden contribuir a mejorar los resultados obtenidos.



Parte I

La Defensa de la Competencia. Estado del Conocimiento.

“De qué hablamos cuando hablamos de amor?”

Raymond Carver⁸

Introducción

Para el desarrollo de esta investigación debemos comenzar por establecer cómo se ha originado, qué ha significado y dónde se encuentra el desarrollo de la práctica de defensa de la competencia en nuestro país. Entonces, como presupuesto previo a discutir los aspectos vinculados a su diseño institucional debemos comenzar por identificar qué debe entenderse por la “defensa de la competencia” o *de qué hablamos cuando hablamos de defensa de la competencia* en el caso argentino.

⁸ Este es el título de la novela más destacada del autor contemporáneo Raymond Clevie Carver Jr., un narrador y poeta estadounidense considerado uno de los escritores más influyentes de la segunda mitad del Siglo XX. Se lo identifica como uno de los fundadores y mayores exponentes del movimiento literario conocido como el “realismo sucio”. En esta novela describe varias situaciones cotidianas de manera simple sin metáforas para identificar qué puede entenderse por “amor” o “amar”. Hay una interesante controversia porque el título y casi un tercio de esta obra se le atribuye a su editor quien cambió mucho de la redacción con recortes argumentales de los textos y hasta el final de algunos de los cuentos. Por ello se publicó años después de la muerte de Carver la versión original escrita por el autor bajo el nombre de “Principiantes”. Le agradecemos al editor Gordon Lish su intervención para poder realizar la cita de esta frase (hoy un clásico de la novela contemporánea) y cómo ella refleja una inquietud socrática que revela cuál es la temática de lo que se va a abordar a continuación. Así nos resultó atractiva para el inicio de esta introducción.

Así entonces, podemos decir que es acaso la expresión de la política pública de un pensamiento económico determinado, es una materia de estudio en la teoría de la organización industrial, es una rama de la ciencia económica, es simplemente un instrumento mas de la política económica de los gobiernos, o es un poco de todo eso. Como ha señalado Robert H. Bork en su trabajo *“La paradoja del Antitrust”* publicado en su primera edición con casi cien años desde la sanción de la Ley Sherman en los EE. UU. (como veremos mas adelante, piedra angular del desarrollo de este instituto) *“Por improbable que parezca la frase, el antitrust hoy es una política pública casi desconocida”*⁹. Bork señala que el antitrust es un instrumento (i) ubicuo, porque constituye una de las políticas públicas mas desplegadas por agencias gubernamentales en materia de economía e iniciativa privada, (ii) es popular, porque salvo por algunos intelectuales casi no tiene oposición política a sus objetivos principales y (iii) exportable, como lo prueba hoy la difusión del instituto de la defensa de la competencia en casi todo el planeta. Sin embargo, dice Bork, aun frente a la elite de abogados corporativos quienes operan en el sistema de antitrust es sorprendente que no haya un entendimiento crítico de qué es esta política pública.

Una primera aproximación podría llevar al equívoco de pensar que la defensa de la competencia debe alinearse con una determinada teoría económica o ideología. Pero como señala Eisner¹⁰ el derecho de la competencia puede, indistintamente en el tiempo, ser una expresión del liberalismo de mercado, un instrumento del populismo en la economía o bien

⁹ Bork, Robert H. *“The Antitrust Paradox: a policy at war with itself”* The Free Press (1978) pág. 4 y siguientes.

¹⁰ Eisner, Marc Allen, en *“Antitrust and the triumph of economics-institutions, expertise and policy change”* UNC Press Enduring Edition (1991).

una política pública meramente simbólica que se desarrolla sin que produzca real impacto económico alguno. Así entonces sostiene que podría decirse que la defensa de la competencia es meramente una política pública en busca de “propósito y claridad”. Esta perspectiva de neutralidad respecto a la política económica dominante en un determinado tiempo histórico nos interpela a precisar las nociones y reglas principales y básicas en torno a la defensa de la competencia, para navegar con buena brújula hacia la discusión del diseño institucional que pueda resultar más conveniente para nuestro país.

En el Capítulo Primero vamos a desarrollar de manera simple y sucinta el concepto de “defensa de la competencia”, los aspectos en que se divide, el control de los comportamientos de los agentes del mercado y el análisis de las concentraciones económicas de acuerdo como ha sido receptado este instituto en el caso argentino. Hacemos allí una muy breve reseña normativa del origen de la práctica de la competencia, en los EE. UU. (donde puede considerarse que se encuentra el inicio de esta práctica de política pública, y primera fuente normativa en Argentina), en la Unión Europea (donde se desarrolla otra corriente que ha tenido gran influencia normativa y jurisprudencial en la Argentina durante los últimos cuarenta años) y, finalmente, de las normas sancionadas en nuestro país. También vamos a explicar las nociones económicas básicas a emplear en el análisis de la competitividad de los mercados que son empleadas por la agencia de competencia y los tribunales argentinos. Finalmente, veremos las nociones de ilicitud de competencia y el bien jurídico protegido por la normativa de competencia en Argentina.

En el Capítulo Segundo, siguiendo la normativa argentina por propósitos expositivos, vamos a ver los principales institutos de la práctica de competencia y cómo han sido incorporados en nuestro derecho positivo. Así veremos las conductas restrictivas de la competencia, a saber: las prácticas horizontales (colusivas o cartelización), ya sea con efectos exclusorios (obstaculizar la entrada o permanencia en un mercado, negativa de venta, y precios predatorios) o explotativos (aumento de precios, reducción de cantidades o calidad de productos y servicios); las prácticas verticales (fijación de precios de venta, fijar limitaciones a las cantidades de producción o prestación de servicios y la distribución exclusiva) y las prácticas unilaterales (ventas atadas y discriminación de precios). Luego abordaremos la noción de abuso de posición dominante desde su incorporación dentro de la que es denominada era moderna de la defensa de la competencia en Argentina y hasta su inclusión en la reforma de la legislación general con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en este siglo. También la problemática de las operaciones de concentración económica con el énfasis en la normativa argentina vigente. Finalmente, abordaremos resumidamente aspectos operativos de la práctica de defensa de la competencia como lo son: las normas de procedimiento ante la agencia de competencia, el régimen de sanciones, la apelación de las decisiones de la agencia, la prescripción en defensa de la competencia y el instituto de la clemencia en la última modificación de la ley de defensa de la competencia en 2018.

Capítulo 1. Conceptos Legales y Nociones Económicas Básicas

1. Concepto de Defensa de la Competencia.

La defensa de la competencia puede ser definida como una clase de regulación estatal indirecta de la economía que permite controlar el poder de mercado relativo de los agentes del mercado. Podemos definir a los agentes del mercado como las empresas (sean personas jurídicas o humanas) que compiten entre sí en la producción y/o comercialización de bienes y servicios¹¹.

La ciencia económica enseña que la economía funciona bajo el paradigma de la competencia perfecta¹². El escenario de competencia perfecta permitiría generar el mayor grado de eficiencia, tanto para la producción de bienes y servicios por parte de las empresas o productores (eficiencia productiva) como para propender a la mejor asignación de esos bienes y servicios entre los consumidores (eficiencia asignativa). Si este fuera el caso de la economía real, poco espacio habría para la regulación estatal de la economía¹³.

¹¹ Coloma, German en “Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado” Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura (2009) pág. 17

¹² El modelo teórico de competencia perfecta se produce cuando una empresa individual enfrenta una curva de demanda perfectamente elástica. Esto ocurre fundamentalmente cuando concurren las siguientes circunstancias: (1) muchas empresas producen productos homogéneos; (2) muchos compradores están dispuestos a comprar el producto, y muchos vendedores están disponibles para venderlo; (3) los vendedores y compradores tienen toda la información relevante para tomar decisiones racionales sobre el producto que están comprando y vendiendo; y (4) no existen barreras de ingreso al mercado. Una empresa perfectamente competitiva se conoce como un tomador de precios, porque la presión de las empresas competidoras lo obliga a aceptar el precio de equilibrio prevaleciente en el mercado. Si una empresa en un mercado perfectamente competitivo aumenta el precio de su producto en un centavo, perderá todas sus ventas a los competidores.

¹³ Ver Viscusi W. Kip, Vernon John M. and Harrington Joseph E. jr. en “Economics of Regulation and Antitrust” The MIT Press, Cambridge, Massachusetts (2000) pags. 2 y siguientes. Acerca de la racionalidad de la regulación

Sin embargo, en la práctica la economía está lejos de adherir al modelo de competencia perfecta que enseñan los manuales de economía. Así entonces, el Estado debe intervenir y propender a corregir o morigerar las fallas o deficiencias del mercado. Para ello, el Estado cuenta con diversos instrumentos que intentan hacer que la práctica de la economía se aproxime al modelo de competencia perfecta. Estos mecanismos pueden agruparse en dos grupos principales. Por un lado, el Estado cuenta con el mecanismo de los incentivos a los precios, así puede gravar con impuestos ciertas actividades económicas, insumos o productos, o bien puede otorgar subsidios, ventajas o beneficios especiales a otros, etc. Por otro lado, puede regular el comportamiento de las empresas que actúan en la economía. Este último caso, es el plano donde principalmente se desarrolla la práctica de la defensa de la competencia.¹⁴

de la economía y las políticas de defensa de la competencia, Viscusi et al señalan que en el mundo real muchas industrias son dominadas por un número reducido de grandes compañías o aún monopolios, y también que los consumidores acceden a productos riesgosos y los trabajadores aceptan riesgos laborales que ni unos ni otros están en condiciones de comprender adecuadamente. Hay un amplio espectro de externalidades negativas a los que los consumidores y trabajadores están expuestos y que el mercado no está en condiciones de resolver adecuadamente. Estas fallas de mercado deben entonces ser resueltas mediante la política de defensa de la competencia y la regulación.

¹⁴ Dos posiciones fueron prominentes en los debates legislativos previos a la Ley Sherman sobre las políticas públicas hacia los negocios. Una era regular los negocios donde la competencia real fallaba y dejar a otros sectores de la economía desregulados. La otra planteaba que era innecesaria una regulación gubernamental, ya que la competencia potencial incentivaría el buen desempeño del mercado si la competencia real no lo hiciera. Estas dos posiciones aparecieron nuevamente en los debates de política antes de la aprobación de la Ley Clayton y la Ley FTC. La filosofía de la Ley Clayton era garantizar la máxima efectividad para la competencia potencial y, por lo tanto, socavar cualquier razón para el control proactivo del gobierno de las estructuras de la empresa y del mercado. Este enfoque encaja bien con las primeras interpretaciones de la Ley Sherman en la que se basa en la competencia para obtener un buen desempeño en el mercado, el principio de competencia que se convirtió en el eje de la política antimonopolio. Ver Stigler, George J. "Mergers and Preventive Antitrust Policy"; y Stephen Martin, "The Goals of Antitrust and Competition Policy", Purdue University. Tech Report Number. 2007-003. Los debates parlamentarios de la sanción de la primera ley de competencia en Argentina en 1923, como veremos más adelante, reproducen estas discusiones.

Decimos que es un mecanismo de regulación indirecta porque la regla general es la competencia entre los distintos agentes del mercado y, ante la falencia o desviación del escenario de competencia, se produce la intervención estatal¹⁵. Esta intervención estatal puede desarrollarse mediante dos modos generales que a su vez constituyen los dos capítulos tradicionales principales en que se divide la práctica de la defensa de la competencia. A saber, el control de comportamientos y el control de estructuras.

1.2 Control de Comportamientos

El análisis del comportamiento de los agentes de mercado es el aspecto dinámico de la defensa de la competencia¹⁶. Así, el Estado puede dictar órdenes de cese de ciertas conductas violatorias de la regla de competencia, sancionar con multas tales prácticas, establecer compensaciones o indemnizaciones a quienes hayan sufrido las mismas. O bien en algunas jurisdicciones, el Estado puede establecer penas privativas de libertad para

¹⁵ La política de competencia se basa en el supuesto de que la propia dinámica del mercado propende hacia una economía competitiva, de modo que solo una cantidad moderada de medidas antimonopolio preventivas (y correctivas) logren un nivel de competencia tolerablemente satisfactorio. Esta idea es preponderante en los Estados Unidos, mientras que los países europeos tienden a un mayor intervencionismo. Ver Stigler, George J. "Mergers and Preventive Antitrust Policy", 104 U. Pa. L. Rev. 176 (1955). Ver también Fox, Eleanor, Abuse of Dominance and Monopolization: How to Protect Competition Without Protecting Competitors, in European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position? 69 (Isabella Atanasiu and Claus Dieter Ehlermann, eds., Hart Publishing, 2006).

¹⁶ La primera y tal vez más significativa regulación específica en este aspecto fue la Ley Sherman, sancionada por el Congreso de Los Estados Unidos en 1890. Con el tiempo, la práctica fue extendiéndose por todo el mundo, y al día de la fecha cientos de países han adoptado regulaciones en materia de conductas. Ver Chicago Journal of International Law, Volume 10, No. 1, "The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risks of Overregulation of Competitive Behavior", 2009.

quienes incurriesen en tales prácticas, cuando el infractor es una persona humana, o para los directivos de las personas jurídicas que las hubiesen cometido¹⁷.

Las prácticas prohibidas pueden consistir en la colusión o cartelización entre empresas, sea mediante la celebración de acuerdos de precios, cantidades a producir, la distribución de zonas, mercados o clientelas, el concertar posturas en licitaciones o concursos, el restringir o controlar el desarrollo técnico o la investigación, etc. También se consideran prácticas prohibidas ciertos supuestos de fijación de precios de venta o compra, la imposición de condiciones discriminatorias para la compra o venta, inclusive la negativa de venta en determinadas circunstancias. Son prácticas prohibidas el impedir el acceso al mercado a un potencial competidor o impedir el mantenimiento de un competidor en el mercado; también es una práctica prohibida el imponer como condición de compra de un producto la compra de otro que no guarda conexión con el primero, así como ciertos supuestos de predación de precios mediante la enajenación de bienes a precios inferiores a sus costos.¹⁸

Las conductas prohibidas suelen clasificarse en función del sujeto que las realiza, así se distinguen las unilaterales (por ej. fijar precios, negativa de venta) de las concertadas (por

¹⁷ La antigua Ley Nacional 11.210 de 1923 y sus posteriores modificaciones establecían pena de prisión por conductas graves como la colusión. Sin embargo, no hay registro de aplicación de este tipo de penas. Con la derogada Ley 25.156 en el año 1999 se abandonó esta práctica en la República Argentina, aunque las prácticas reprimidas por la ley podrían estar alcanzada por otros tipos específicos del Código Penal reprimidos con prisión. En otras jurisdicciones, como por ejemplo en los EE. UU., las normas antitrust prevén específicamente para el caso de incumplimiento penas privativas de libertad.

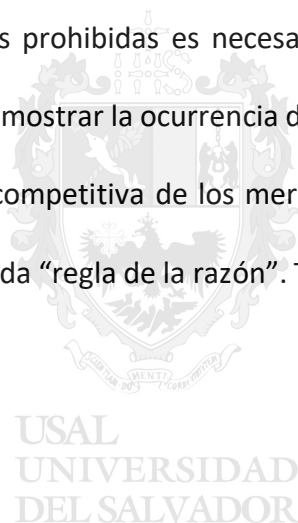
¹⁸ Ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo en “Derecho antimonopólico y defensa de la competencia” Ed. Heliasta (2005) pág. 221 y siguientes.

ej. acuerdos de precios o distribución de zonas o mercados). Pero también se las puede clasificar por los efectos que las mismas tengan, y así se distingue las prácticas con efectos explotativos (por ej. concertar precios para obtener lo que se denomina renta monopólica) de los efectos exclusorios (por ej. impedir el ingreso del competidor a un mercado). Finalmente, también se distingue a las prácticas por el lugar dentro de la cadena de producción, distribución o comercialización en las cuales las mismas se ejecutan o producen sus efectos y se las denomina Horizontales (cuando se encuentran en el mismo rango de la cadena) o Verticales (cuando se encuentran más arriba o más abajo en dicha cadena). Estas clasificaciones no se excluyen unas con otras, sino que se solapan en muchos casos. Así, por ejemplo, una práctica de colusión entre algunas empresas para limitar o eliminar competencia en un mismo mercado, es una práctica exclusoria, horizontal y concertada. El crear barreras a la entrada o la fijación de precios predatorios pueden ser prácticas horizontales o verticales y a su vez, unilaterales o concertadas. Así como, la fijación de precios y las ventas atadas que afectan las condiciones de equilibrio de la competencia pueden resultar un abuso explotativo de la posición dominante de quien las imponga.¹⁹

Hay una discusión teórica e histórica sobre si las prácticas prohibidas resultan de la misma realización de la práctica en cuestión o bien es necesario hacer una evaluación en cada caso de las condiciones del mercado en cuestión para determinar si se ha incurrido o no en una

¹⁹ Coloma, German, “Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado” Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, (2009) pág. 27 y siguientes.

práctica prohibida por la ley²⁰. Así se distingue aquellos casos en las conductas están prohibidas “per se”, porque la sola ocurrencia de estas está prohibida y quienes las han cometido son pasible de sanciones. Se trata de un régimen de prohibición absoluta. Aunque esto ha variado significativamente en la jurisprudencia y doctrina comparada a través de los años, en la actualidad, la literatura económica de competencia suele considerar que las prácticas colusivas o el cartel es claramente un grupo de conductas que debe mantenerse dentro de este régimen dado a que los efectos nocivos para el mercado y para los agentes del mercado (sean productores o consumidores) es autoevidente²¹. Por otro lado, aquellas conductas que para considerarlas prohibidas es necesario hacer un análisis especial del mercado en cuestión y se debe demostrar la ocurrencia de un “daño social” (sea un daño al bienestar general o la dinámica competitiva de los mercados), entonces serán objeto de evaluación mediante la denominada “regla de la razón”. Tales conductas son objeto de una prohibición relativa.



²⁰ La regla de la razón nace tras más de 30 años de debate de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aplicándose por primera vez en el célebre caso “Standard Oil Co. v. United States” (1911). Actualmente, numerosas legislaciones modernas establecen la regla de la razón como norma general. Por ejemplo, la ley de competencia de la Unión Europea hace una distinción más o menos similar entre las restricciones que se evalúan por su “objeto”, que es más o menos similar a la regla per se; y restricciones que se evalúan por su “efecto”, que es más o menos similar a la regla de la razón. Ver Comisión Europea, “Documento de Trabajo del Personal de la Comisión: Orientación Sobre Las Restricciones De Competencia "Por Objeto" con el Fin de Definir los Acuerdos que Pueden Beneficiarse del Aviso de Minimis (2014), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislacion/de_minimis_notice_annex.pdf

²¹ Ver “United States v. Trenton Potteries” (1927), Justice Harlan Fiske Stone: *“El objetivo y el resultado de todo acuerdo de fijación de precios, si es efectivo, es la eliminación de una forma de competencia. . . . Los acuerdos que crean tal poder potencial bien pueden considerarse restricciones irrazonables o ilegales en sí mismos, sin la necesidad de una investigación minuciosa si un precio en particular es razonable o irrazonable según lo fijado y sin imponer al gobierno la obligación de hacer cumplir la Ley Sherman. de determinar día a día si se ha vuelto irrazonable por la mera variación de las condiciones económicas. [traducción propia]”*

1.3 Control de Estructuras.

El control de las estructuras de los mercados es el aspecto estático de la defensa de la competencia. Así el Estado puede evaluar la conveniencia o inconveniencia de los procesos de concentración económica entre los agentes de mercado, rechazando o condicionando las operaciones de compra o fusión de empresas, proponiendo desinversiones en ciertas áreas de actividad de estas o subordinando tales operaciones económicas a condiciones específicas en cuanto a precios, inversiones o prácticas. El control implica un análisis prospectivo de como se va a comportar una empresa en el mercado luego de la adquisición de otra empresa. Así la CNDC ha dicho que *“el mecanismo de notificación previa debe ser entendido como instrumento de prevención de disminución del grado de competencia en los mercados, tendiente a evitar que se consoliden estructuras propicias para la realización de determinadas conductas contrarias a la ley de defensa de la competencia”*.²²

El desarrollo de la práctica de control de las operaciones de concentración económica es un área mas reciente en materia de defensa de la competencia, en efecto, los distintos países comenzaron solo a partir de la segunda mitad del siglo XX a incorporar en sus legislaciones tales prácticas. Los estándares principales de intervención en materia de concentraciones económicas tienden evitar que tales operaciones limiten la competencia en los mercados

²² Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Opinión Consultiva N. 203/2001.

(como en los EE. UU.) o bien que se creen o refuercen situaciones de posición dominante en un mercado (como lo es en la Unión Europea).²³

2. Reseña Normativa.

A diferencia de otros campos de derecho, la defensa de la competencia no es un instituto de larga antigüedad. Aun cuando algunos autores o historiadores del derecho encuentran antecedentes sobre la problemática de la competencia en el derecho antiguo clásico o en precedentes judiciales de las Cortes del Rey en Inglaterra en el siglo XVI, la defensa de la competencia es una problemática asociada al desarrollo del capitalismo industrial más moderno. En efecto, la defensa de la competencia como la conocemos actualmente puede tomar como punto de partida las últimas décadas del Siglo XIX y en particular con su desarrollo en el derecho de los EE. UU. a través de la sanción de la ley Sherman en 1890²⁴. La otra corriente normativa desarrollada en el derecho comparado puede encontrarse ya en la segunda mitad del Siglo XX en Europa a través de la celebración de Tratado de Roma en 1958.

²³ Cervio, Guillermo J. y Rópolo, Esteban P. “Ley 25.156 Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia” Ed. La Ley (2010) págs. 316 y siguientes.

²⁴ Ver Phillips Sawyer, Laura “US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective” pags. 19 y siguientes en https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/19-110_e21447ad-d98a-451f-8ef0-ba42209018e6.pdf

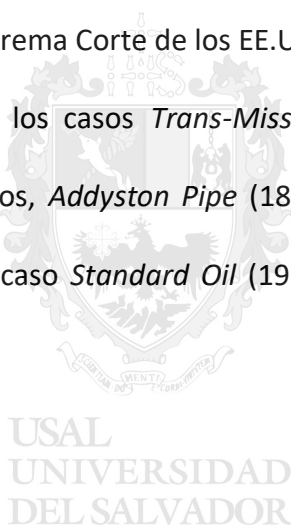
2.1 Antecedentes comparados que son precedentes de la normativa en Argentina.

2.1.1 Estados Unidos.

La Ley Sherman fue el resultado de una serie de factores que impulsaron la demanda del control del desarrollo de ciertos grupos económicos y la migración de una economía agrícola ganadera a una economía industrial. A finales de la guerra de secesión en los EE.UU. y por el impulso de la segunda revolución industrial (la extensión de ferrocarril a la costa oeste, el telégrafo, el motor de combustión, las industrias extractivas, etc.) era necesario captar importantes recursos financieros que permitiesen la viabilidad económica de los nuevos emprendimientos. Muchos de estos grupos económicos se estructuraban mediante la conformación de fideicomisos o *trusts*. Estas estructuras que permiten desmembrar la propiedad plena aportada por los inversores en un emprendimiento, distinguiendo la persona del aportante o fideicomitente, del beneficiario de la inversión y del administrador de los fondos o fiduciario, resultó el mecanismo necesario y conveniente para viabilizar tales proyectos. Sin embargo, el poder de mercado que otorgaban tales empresas, o las obras de infraestructura en sí realizadas, a sus emprendedores y la debilidad de los demás operadores del mercado permitieron el desarrollo de prácticas abusivas, monopólicas o tendientes a monopolizar. Esta razón histórica de la conformación del *trust* hizo que en el desarrollo del instituto se hablara de leyes “*antitrust*” para hacer referencia a esta

materia²⁵. Así entonces el surgimiento de la política de defensa de la competencia tuvo el propósito de contrabalancear el poder generado por la concentración económica que los legisladores temían que fueran utilizados para influir políticamente o perjudicar a los propietarios independientes con tácticas comerciales injustas.²⁶

La Ley Sherman es una ley muy breve que prohíbe, por un lado, ciertos contratos o *trust* que conspiren para restringir el comercio (art.1) y, por otro, el monopolizar o el intento de monopolizar el comercio (art.2)²⁷. Dicha ley permitió el desarrollo de incipientes principios y reglas en *leading cases* de la Suprema Corte de los EE.UU. que marcaron el desarrollo del antimonopolio en el futuro. Así, los casos *Trans-Missouri Freight Assoc.* (1897) sobre prohibición de acuerdos de precios, *Addyston Pipe* (1898) sobre restricciones *per se* de ciertas conductas, o el resonado caso *Standard Oil* (1911) sobre prácticas unilaterales y exclusorias de competidores.

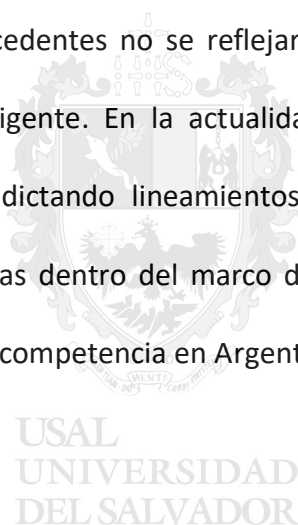


²⁵ En los propios registros de la discusión del Congreso se observa la preocupación del senador Sherman: “El único objeto de tal combinación [un fideicomiso] es hacer imposible la competencia. Puede controlar el mercado, subir o bajar los precios, como mejor promoverá sus intereses egoístas, reducirá los precios en una localidad en particular y romperá la competencia y adelantará los precios a voluntad donde la competencia no existe. Su motivo rector es aumentar los beneficios de las partes que lo componen.” (21 Cong. Rec. 2457). Además, argumenta que las ganancias de eficiencia que generalmente ocurren bajo las estructuras de *trust* no se trasladaban a los consumidores en la forma de una baja de precios: “A veces se dice de estas combinaciones que reducen los precios al consumidor mediante mejores métodos de producción, pero toda la experiencia muestra que este ahorro de costos va a los bolsillos del productor.” (21 Cong. Rec. 2460).

²⁶ Ver Philips Sawyer, Laura op. cit.

²⁷ Art. 2 “Todo contrato o combinación en la forma de *trust* u otra, o colusión, en restricción del intercambio o (libre) comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, es declarado ilegal.”

La ley Clayton (1914) significó un avance normativo importante, mediante la identificación de conductas prohibidas (acuerdos de exclusividad, ventas atadas, discriminación de precios, etc.), la adquisición de control de otra empresa con el objeto de monopolizar, ciertos métodos desleales de competencia y la posibilidad de iniciar una acción civil por un valor triplicado del daño ocasionado. También la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (1914) como autoridad de aplicación de las leyes antimonopolio. Mas adelante, la evolución legislativa incluyó a la ley Robinson-Patman (1936) sobre discriminación de precios, Celler-Keafauver (1950) y Hard-Scott-Rodino (1976) sobre control previo de compra de empresas, aunque estos precedentes no se reflejaron en cambios normativos en la legislación argentina entonces vigente. En la actualidad se destaca el rol prolífico de Comisión Federal de Comercio dictando lineamientos de actuación por parte de las empresas para promover prácticas dentro del marco de la ley. Esta práctica se ha sido objeto de modelo a la agencia de competencia en Argentina.²⁸



2.1.2 Unión Europea

Sin perjuicio de los antecedentes normativos que se pueden encontrar en el Reino Unido u otros países que conformarían la Unión, el punto de partida del modelo de diseño normativo europeo lo constituye la celebración del Tratado de Roma (1958) y la evolución hacia la constitución de la Unión Europea (1999). El sistema que entonces instaurado por el

²⁸ Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_concentraciones_economicas_0.pdf; https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_generales_para_estudios_de_mercado.pdf

Tratado de la Unión Europea (TUE) mencionado y el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁹, junto con las normas que los complementan, por ejemplo, el Reglamento 1/2003 y el Reglamento 139/2004, ambos del Consejo de la UE.

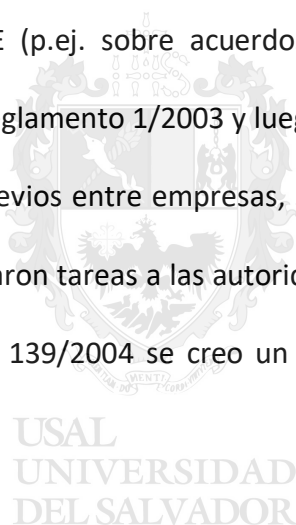
El artículo 101 del TFUE establece que están prohibidos los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto el impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. En tanto que el artículo 102 establece que la explotación abusiva de una o más empresas que gozan de posición dominante en un mercado o una parte sustancial de aquel serán también pasibles de sanción. La aplicación de ambos preceptos a una conducta en particular esta sujeta a que la misma pueda afectar el comercio entre los Estados miembros de la UE. De lo contrario, serán aplicables a tales prácticas las normas de competencia establecidas en los Estados Nacionales.

Es importante tener en cuenta que el contexto del desarrollo de este modelo de política de defensa de la competencia tiene en mira el proceso de integración europeo. Los países signatarios de tales tratados tuvieron como propósito no solo promover la política competitiva en los países miembros sino propender a la integración de estos. Así es como adicionalmente a las autoridades locales de defensa de la competencia de cada Estado miembro que contase con legislación pertinente en su derecho interno, se designa a la

²⁹ Tras el Acuerdo de Lisboa entra en vigor el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (“TFEU” por su acrónimo en inglés).

Comisión Europea (CE) como autoridad encargada de velar por el cumplimiento de estos artículos del Tratado mediante un procedimiento administrativo de investigación, consultas particulares o generales, y dictámenes o resoluciones vinculantes. Las decisiones de la CE son pasibles de revisión judicial ante la Corte General y eventualmente ante la Corte de Justicia³⁰.

También mediante reglamentos generales fue evolucionando la normativa de defensa de la competencia. Así mediante el Reglamento 17/1962 se estableció un procedimiento administrativo previo ante la CE (p.ej. sobre acuerdos verticales y horizontales entre empresas). Aunque a partir del Reglamento 1/2003 y luego de una práctica de dos décadas de evaluación de los acuerdos previos entre empresas, se abolió el control previo de los mismos. También se descentralizaron tareas a las autoridades nacionales de competencia. Sin embargo, con el Reglamento 139/2004 se creó un mecanismo de control previo de concentraciones económicas.



Dentro del marco de promover la integración entre los estados miembros de la Unión Europea, el artículo 107 a 109 del TFUE establecen que la CE será competente para revisar las políticas de subsidios, incentivos y/o beneficios que los estados nacionales establezcan si de este modo se falsean o amenaza falsear la competencia favoreciendo a empresas nacionales. La idea es prevenir a los estados miembros que mediante ventajas especiales

³⁰ Artículo 256 del TFEU.

intenten crear o favorecer a una empresa como el “campeón nacional” en el contexto competitivo dentro de la Unión Europea.

2.2 Legislación Argentina.

La Argentina cuenta con normativa de defensa de la competencia desde las primeras décadas del Siglo XX. El recorrido de su evolución normativa en estos casi 100 años ha acompañado sustancialmente y de manera cronológica los antecedentes comparados mencionados.

El primer antecedente normativo lo constituye la Ley 11.210 (1923), ella era una traducción conceptual de los artículos 1 y 2 de la ley Sherman de los EE. UU³¹. La ley era denominada de la “represión de los monopolios” y establecía en su artículo 1 “Declárase delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales, tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o mas ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o varias, o

³¹ En efecto, la norma reprimía el monopolio y punía ciertas conductas que restringiesen la libre concurrencia o implicaran “un aumento en las ganancias del empresario que no fuera acorde con el capital invertido ni fundado en aportes económicos o técnicos que pudieran justificarlos”. Cabe mencionar que al sancionarse el Código Penal en el año 1921 el artículo 300 establecía que “*Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años: El que hiciera alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por **reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado***” lo que representó la criminalización de la práctica de cartelización. Podría considerarse a esta disposición del Código Penal a una suerte de prehistoria de la normativa de competencia en Argentina. Por un lado, marca el interés incipiente que esta cuestión de la problemática de la competencia tenía entonces y, por el otro, la visión de la materia desde la perspectiva penal que iría a teñir los modelos normativos específicos que se sucederían.

en todo el territorio nacional”. En su artículo 2 también castigaba a los actos que, sin importar un progreso técnico ni un progreso económico, aumentaran arbitrariamente las propias ganancias de quien o quienes los ejecuten, sin proporción con el capital efectivamente empleado, y a los que dificulten o se propongan dificultar a otras persona vivientes o jurídicas la libre concurrencia en la producción y en el consumo interno o en el comercio exterior.

Pocos años después fue sancionada la Ley 12.906 (1946) que mantuvo la estructura de la ley anterior, pero agregó la identificación de ciertas prácticas colusivas específicas³². También un decreto reglamentario de la época autorizó a la Secretaría de Industria y Comercio a realizar investigaciones y denuncias en el marco de dicha ley. Ambas seguían el modelo de defensa de la competencia de los EE. UU., persiguiendo la monopolización o intento de monopolización de las empresas. La naturaleza penal era la nota común de ambas leyes y en común también tienen su escasa efectividad práctica. No se conocen más que un par de sanciones efectivamente establecidas durante su vigencia³³.

Lo que constituye el primer cambio significativo en la legislación argentina es la sanción de la Ley 22.262 (1980). Primero, porque constituye un apartamiento del modelo vigente hasta

³² Esta nueva normativa, entre otras cuestiones: i) identificó ciertas conductas prohibidas, y ii) mediante el dec. regl. 5428 se creó un procedimiento administrativo para sanciones en el ámbito de la secretaría del área.

³³ Ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Derecho antimonopolio y defensa de la competencia”, Ed. Heliasta, ps. 88 a 95, y Cervio, Guillermo J. y Ropolo, Esteban P., “Ley 25.156. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, ps. 41 a 50. En rigor, la ley 12.906, en casi 35 años de vigencia, sólo registra dos casos de sanción por prácticas prohibidas que fueron luego convalidadas por la justicia.

entonces para emparentar nuestra normativa con el modelo establecido por el Tratado de Roma. Así se crea un organismo administrativo desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía al que se denomina Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Se establece un procedimiento administrativo especial de actuación con revisión judicial de las decisiones ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Se incorpora el concepto de abuso de posición dominante del modelo europeo. Se identifican prácticas prohibidas y se fijan sanciones penales para los infractores de la ley.

Aun cuando durante los primeros años de vigencia de la ley no se verifica la existencia de una práctica sustancial de defensa de la competencia, a partir de la segunda mitad de la década del '90, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería dota a la CNDC de recursos y atención, le permite un grado mayor de autonomía operativa y comienza el desarrollo de una práctica moderna en materia de defensa de la competencia.

La sanción de la Ley 25.156 (1999) constituye un hito adicional en el marco de establecimiento del diseño institucional en materia de defensa de la competencia. En efecto, respecto del objetivo de crear una agencia independiente, colegiada e interdisciplinaria de defensa de la competencia, dicha ley constituía un gran avance. La ley mantiene sustancialmente el modelo de identificación de conductas prohibidas del modelo anterior. Se mantiene el desarrollo de un procedimiento especial de actuación ante la autoridad de aplicación de la norma. Sin embargo, se establece la constitución de un

Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) cuyos miembros serían designados mediante concurso público. Las decisiones del TNDC serían pasibles de revisión mediante recurso directo ante las Cámaras Federales. El Decreto Reglamentario de la ley N. 89/2001 estableció, entre otras cuestiones, que la Secretaria de Defensa de la Competencia actuaría como procuración fiscal ante el TNDC³⁴. Adicionalmente, la Ley 25.156 incorporaba en la práctica argentina el procedimiento de aprobación de las operaciones de concentración económica.

El TNDC nunca llegó a constituirse y desde la sanción de dicha ley, la CNDC junto con la Secretaria de Estado en la que dicha agencia se encontraba administrativamente encuadrada, se mantuvo “transitoriamente” cumpliendo las funciones que la ley atribuía al TNDC³⁵. Ello no sin una importante disputa judicial sobre cuál era la autoridad de aplicación de la ley ante las distintas Cámaras Federales³⁶. La Ley 26.993 (2014) derogó las disposiciones de la Ley 25.156 sobre la creación del TNDC y revirtió el proceso de estructurar una agencia independiente³⁷. Así estableció que la autoridad de aplicación de ley sería designada por el Poder Ejecutivo Nacional.

³⁴ De Dios, Miguel Angel, “Comentarios a la reglamentación de la ley de defensa de la competencia”, AR/DOC/18320/2001.

³⁵ De Dios, Miguel Angel, “Cuestiones institucionales que quedan pendientes”, El Cronista, 27/11/ 2015.

³⁶ Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B in re-Relojería Cotax 19/05/14; in re-Pfizer 12/07/13; in re-Shell 28/06/13, etc. Desde hace más de 5 años por pedido de distintos tribunales federales le indicaban a la CSJN que por su intermedio se solicitase al PEN que pusiera en funcionamiento.

³⁷ De Dios, Miguel Angel, “Un paso en falso en el Diseño Institucional para la Defensa de la Competencia”.