

Derecho y Política de la Competencia en Argentina



Examen inter-pares





BANCO INTERAMERICANO DE
DESARROLLO



ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y
DESARROLLO ECONÓMICOS

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

EXAMEN INTER-PARES

-- 2006 --

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio firmada en París el 14 de diciembre de 1960, que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) deberá promover políticas destinadas a:

- alcanzar un crecimiento sostenible de la economía y del empleo, así como una progresión del nivel de vida en los países Miembros, manteniendo paralelamente la estabilidad financiera, con el fin de contribuir al desarrollo de la economía mundial;
- asistir en el trabajo de expansión de una economía sana, tanto en los países Miembros como en los demás países en proceso de desarrollo económico, y
- contribuir al crecimiento del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los Miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los países siguientes ingresaron en la Organización en las fechas que se indican entre paréntesis: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), República de Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en las actividades de la OCDE (Artículo 13 del Convenio de la OCDE).

© OCDE 2006

Toda solicitud de permiso para reproducir una parte de esta obra para fines no comerciales o docentes deberá obtenerse dirigiéndose a: Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países con excepción de los Estados Unidos. En los Estados Unidos el permiso debe obtenerse por conducto del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir este libro en parte o en su totalidad deberán dirigirse a: Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

Prefacio

El Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos colaboran en el ámbito de la ley y la política de competencia para fomentar el aumento del crecimiento económico, el empleo y la eficiencia económica y la obtención de mejores niveles de vida a medio y largo plazo. Existe un consenso creciente en el sentido de que la solidez de las leyes y políticas de competencia es esencial para lograr estos objetivos.

Los exámenes inter-pares son un elemento central del trabajo de la OCDE. Aunque los mecanismos varían, estas revisiones se fundamentan en la voluntad de todos los países de la OCDE y sus asociados para someter sus leyes y políticas a cuestionamientos de fondo de parte de otros miembros. Este proceso genera perspectivas valiosas para el país analizado y fomenta la transparencia y el entendimiento mutuo para el beneficio general.

Las ventajas de este proceso son especialmente visibles en el ámbito de la ley y la política de competencia. Como resultado de las actividades del Comité de Competencia, los países de la OCDE que en algún momento tuvieron conflictos reales en el tema de la competencia, se han convertido en asociados para buscar detener el perjuicio de las prácticas anticompetitivas internacionales. El Comité también se ha convertido en un foro importante para evaluar y demostrar la utilidad de aplicar los principios de la política de competencia en los sistemas económicos y otros mecanismos regulatorios.

La cooperación del BID y la OCDE en el ámbito de las leyes y políticas de competencia se centra en la organización de reuniones anuales del Foro Latinoamericano de Competencia (FLC). Entre las reuniones del FLC tienen lugar mesas redondas importantes y revisiones paritarias de las leyes e instituciones de un país. Estas revisiones se han realizado para Brasil, Chile, Perú, y ahora Argentina. El BID participa y financia este trabajo como parte de sus esfuerzos por fomentar un mejor clima de negocios para la inversión en los países de América Latina y el Caribe.

Deseamos agradecer al gobierno de Argentina por ofrecerse voluntariamente para este examen inter-pares durante la cuarta reunión del

FLC, que se celebró en San Salvador, El Salvador, el 11 y 12 de julio de 2006. Resultó muy alentador escuchar la confirmación de la Delegación de Argentina durante la reunión en cuanto a la utilidad de las recomendaciones del informe y escuchar de Delegados de otros países que esta revisión contribuyó a aumentar su comprensión de las leyes y la política de competencia en Argentina. Por último, deseamos agradecer al señor John Clark, autor del informe, y al gran número de funcionarios en el ámbito de la competencia cuyas contribuciones al Foro, sean orales o escritas, han sido tan importantes para su éxito.

Bernard J. Phillips
Jefe de la División de
Competencia
OCDE

Ricardo Santiago
Representante del BID
en Europa

Índice

1. Cuestiones elementales y contexto	7
1.1 Contexto económico	7
1.2 La ley de defensa de la competencia.....	8
2. Cuestiones de fondo: contenido y aplicación de la ley de defensa de la competencia	10
2.1 Conductas	10
2.1.1 Acuerdos horizontales.....	11
2.1.2 Restricciones verticales.....	15
2.1.3 Abuso de posición dominante	15
2.1.4 Procedimiento en los casos de conductas anticompetitivas	17
2.1.5 Competencia desleal y defensa del consumidor.....	21
2.2 Fusiones	22
2.2.1 Notificación.....	22
2.2.2 Procedimientos de revisión de fusiones	25
2.2.3 Casos de fusión	27
3. Cuestiones institucionales	33
3.1 Las herramientas de aplicación.....	33
3.2 Recursos económicos y personales.....	33
3.3 Independencia: la CNDC y el Tribunal	35
3.4 Una cultura de libre competencia y acuerdos de precios	38
3.5 Recursos de apelación en casos de competencia	39
3.6 Exenciones y exclusiones y actos de los gobiernos provinciales.....	41
3.7 Aspectos internacionales de la aplicación de la ley de defensa de la competencia.....	42
4. Política de defensa de la competencia en los sectores regulados	44
4.1 Electricidad	46
4.2 Gas natural	46
4.3 Telecomunicaciones.....	47
4.4 Sector bancario	47

4.5	Líneas aéreas y aeropuertos	48
4.6	Puertos	49
5.	Promoción de la competencia.....	50
6.	Conclusiones y recomendaciones.....	50
6.1	Crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.	52
6.2	Aumentar el presupuesto del organismo de defensa de la competencia.	53
6.3	Fortalecer el despliegue de actividad anticartel.	54
6.4	Aumentar la eficiencia en las investigaciones de conductas anticompetitivas.....	55
6.5	Aumentar la eficiencia en el control de fusiones.	56
6.6	Reparar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen.....	57
6.7	Hasta que se cree el Tribunal de Defensa de la Competencia, liberar a la CNDC de la mayor cantidad de influencia política posible.	59
6.8	Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de libre competencia en Argentina.	59
6.9	Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen de las apelaciones en casos de defensa de la competencia.....	60
6.10	Ampliar la función de la autoridad de defensa de la competencia en los sectores regulados.....	60
	Notas.....	40
	Referencias.....	69
 Recuadros		
Recuadro 1.	Carteles	13
Recuadro 2.	Abuso de posición dominante.....	18
Recuadro 3.	Fusiones	29
Recuadro 4.	Promoción de la competencia	51

1. Cuestiones elementales y contexto

1.1 *Contexto económico*

Argentina es el tercer país más poblado de América del Sur, con una población de alrededor de 40 millones, mucho menor que la de Brasil y algo menor que la de Colombia. Su economía, en términos de PBI, es la segunda más importante en el continente y la 35ta. en el mundo. Situada en el extremo sur de América del Sur, Argentina es asimismo el segundo país más extenso (octavo en el mundo). Los límites del país abarcan una gran diversidad en sus latitudes; el clima es subtropical en el norte y subantártico en el sur. Argentina cuenta con una riqueza de recursos naturales y goza de condiciones beneficiosas para la agricultura; la mayor parte de su producción agrícola se destina a la exportación. Cuenta, asimismo, con una base industrial diversificada y un alto índice de alfabetización, aunque una parte significativa de la población – el 34% en 2005 – se encuentra por debajo del umbral de pobreza. Argentina tiene un sistema de gobierno republicano y federal; la república está dividida en 23 provincias y un distrito federal, que es la ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires es sin duda la ciudad más importante del país y una de las más importantes en el mundo. Alrededor del 45% de la población total del país vive en la ciudad y en la provincia de Buenos Aires.

La historia política y económica de Argentina en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial fue particularmente turbulenta. Juan Perón fue el presidente de 1946 a 1955, año en el que fue derrocado por un golpe militar. Hubo luego una sucesión de gobiernos militares y civiles (entre los que se incluyó un breve retorno de Perón), los cuales culminaron en el tristemente célebre régimen militar represor que comenzó en 1976. En 1983, se restableció el gobierno constitucional en el país. La década de los 80, sin embargo, se caracterizó por la hiperinflación. En 1991, el gobierno abordó el problema de la inflación mediante la aplicación del régimen de “convertibilidad”, que consistió en establecer una paridad de uno a uno entre el peso argentino y el dólar estadounidense. La convertibilidad logró su efecto esperado, ya que puso freno a la inflación. Esta consecuencia, combinada con otras reformas económicas agresivas, entre las que se incluyó un ambicioso programa de privatización, generó un período de crecimiento económico y relativa prosperidad, que duró la mayor parte de la década.

Hacia el año 2000, sin embargo, la economía se desequilibró nuevamente. La deuda pública y privada habían explotado; la economía entró en recesión y creció el desempleo. Si bien la convertibilidad había

controlado la inflación, esto tuvo un costo, ya que redundó en un masivo encarecimiento de las exportaciones y el servicio de la deuda. En diciembre de 2001, el monto del *default* de la deuda argentina era de 88 mil millones, la deuda soberana más grande de la historia. En enero del 2002, el gobierno abandonó la convertibilidad, y se registró un marcado descenso del valor del peso a 3,9 con respecto al dólar. Este período se caracterizó por una gran conmoción social y una sucesión de presidentes nacionales. Pero la economía pronto comenzó a recuperarse. Con un fuerte crecimiento de las exportaciones como protagonista, la economía registró un robusto crecimiento del 8-9% en cada uno de los años de 2003 a 2005. El desempleo disminuyó del 21% en 2002 al 10% a fines del 2004. El peso se fortaleció, y llegó a su nivel actual de 3:1.¹

Pero la inflación también regresó. Desde 2001, la inflación acumulada fue del 70% aproximadamente, y la mayor parte de ésta se registró en 2002. La inflación fue del 12% aproximadamente en 2005, sin embargo, y en ese año el gobierno comenzó a adoptar medidas extraordinarias para controlarla. Comenzó a celebrar acuerdos con los participantes del sector privado a fin de coartar su capacidad de aumentar los precios. Estos acuerdos son meras formalidades. No tienen fuerza legal, pero las partes se encuentran bajo una considerable presión política para observar sus términos. En algunos casos, se suscriben con los actores principales de un sector en particular, y en otros casos, con las asociaciones empresariales correspondientes. En general, los participantes aceptan no aumentar los precios durante un período determinado, generalmente un período de meses, con la importante excepción de que pueden trasladar los aumentos en sus costos. A principios de 2006, se suscribieron acuerdos en varios sectores, entre los que se incluyeron: los supermercados (que abarcaron 200 productos), productos lácteos, libros, aceites vegetales, cemento, gaseosas, educación privada, productores de carne, combustibles de transporte, calzado, azúcar, fármacos, otros productos alimenticios, papel y petroquímicos. Estos acuerdos conllevan ciertas implicancias con respecto a la política nacional, que se expondrán más adelante.

1.2 *La ley de defensa de la competencia*

La primera ley argentina de defensa de la competencia fue sancionada en 1923. Sus dos primeros artículos se asemejan bastante a los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman estadounidense. Dicha ley fue reemplazada por otra en 1946. Su primer artículo prohibía en general la creación o mantenimiento de un monopolio, y el segundo artículo enumeraba los distintos tipos de conductas que se consideraban comprendidas en el alcance del Capítulo 1, entre las que se incluían los distintos tipos de prácticas concertadas. La ley

fue sancionada por el Ministerio de Comercio. Las dos primeras leyes eran penales y, por lo tanto, preveían sanciones de este tipo. Quizás sea por esto que rara vez se haya procedido a su aplicación. En los 48 años que transcurrieron entre 1933 y 1980, un total de cuatro casos derivaron en sanciones impuestas de conformidad con estas leyes.

La era moderna de aplicación de leyes de defensa de la competencia comenzó en 1980, con la sanción de la Ley 22.262. Sus dos artículos de fondo se basaron en los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. La ley no regulaba en forma separada el control de las fusiones; técnicamente, las fusiones quedaban sujetas a las disposiciones en materia de conductas anticompetitivas, pero en la práctica esto no fue así. Por primera vez, la aplicación de la ley se tramitaba por vía administrativa; las sanciones previstas incluían multas y órdenes administrativas. La ley creó el primer organismo de aplicación de las leyes de defensa de la competencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), que desempeñaba, sin embargo, un papel meramente consultivo. Después de una investigación exhaustiva de la conducta en cuestión, la CNDC presentaba sus recomendaciones a un ministro del gobierno (que inicialmente era el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales), que emitía la resolución final, apelable judicialmente. La aplicación de la ley fue esporádica a lo largo de la década de los 80, pero su intensidad aumentó a mediados de los 90, debido al protagonismo de las reformas de mercado introducidas a principios de la década.

La ley argentina actual en materia de competencia, la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, fue sancionada en 1999.² Las dos innovaciones más importantes que la ley presentaba fueron la introducción de un control formal de fusiones y la creación de un nuevo organismo autárquico de aplicación de la ley, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (Tribunal).³ La ley establecía que el Tribunal, un cuerpo plenamente independiente integrado por siete miembros, sería designado por el presidente del país por concurso público ante un jurado especialmente designado.⁴

Desafortunadamente, el Tribunal no se llegó a constituir. Existe un proceso atípico e híbrido: las disposiciones de fondo de la ley de 1999, que incluyen el control de las fusiones, tienen plena vigencia, pero las aplica la CNDC. Los procedimientos y facultades otorgadas al Tribunal por la ley son ejercidos por la CNDC, con la importante salvedad de que la CNDC continúa desempeñando un papel meramente consultivo, desenvolviéndose en el marco de un ministerio gubernamental. Sus decisiones deben ser ratificadas por una secretaría del Ministerio de Economía y Producción. Hasta 2003, la secretaría se denominaba Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor; en la actualidad se denomina

Secretaría de Coordinación Técnica. Esta situación genera una inseguridad tanto de fondo como administrativa, lo cual se explicará con mayor detalle más adelante en la Sección 3.

2. Cuestiones de fondo: contenido y aplicación de la ley de defensa de la competencia

2.1 Conductas

Los artículos 1 y 2 del Capítulo I de la ley 25.156 establecen los estándares que rigen las conductas anticompetitivas conforme a la ley. Los dos artículos no están organizados individualmente en función de los acuerdos y acciones concertadas por un lado y abuso de posición dominante por el otro. El artículo 1 contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas, a saber:

Están prohibidos (...) los actos o conductas (...), relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia (...) o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El estándar operativo establecido en el artículo 1 es el perjuicio real o potencial para el “interés económico general”. La CNDC afirma que aplica este estándar como si fuera en su mayor parte equivalente al bienestar del consumidor. Cita a dos fuentes para esta interpretación: Los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas adoptados en el 2001⁵ (la disposición de control de concentraciones económicas prevista en el Capítulo III, artículo 7 de la ley, contiene el mismo estándar legal), y un fallo del 2002 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal supremo del país, en un caso de abuso de posición dominante.⁶ Se considera que otros factores tales como el bienestar de los productores,⁷ la “justicia” y el crecimiento económico no son los objetivos primarios de la ley de defensa de la competencia, aunque ciertos beneficios económicos como estos son la consecuencia inevitable de las mejoras generadas por la aplicación del estándar de bienestar del consumidor.⁸

El artículo 2 enumera las prácticas específicas que resultan ilegales si tienen el efecto que prohíbe el artículo 1, pero la enumeración no es taxativa. Las conductas no enumeradas en el artículo 2 pueden vulnerar la ley si tienen el mencionado objeto o efecto anticompetitivo. Entre las prácticas enumeradas por el artículo 2, se incluye:

- acuerdos horizontales: fijación de precios o producción, asignación de mercados, concertación de posturas en las licitaciones o concursos, intercambio de información y restricción de desarrollos innovadores;
- prácticas verticales: imposición de condiciones “atadas” y pactos de exclusividad; la fijación de precios de reventa no está expresamente prohibida, pero se podría considerar una violación del artículo 1;
- comportamiento como única empresa: obstaculización a la entrada de terceras personas en un mercado o exclusión de éste; discriminación, denegatoria injustificada a satisfacer pedidos o hacer negocios “en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate” y fijación de precios predatorios.

2.1.1 *Acuerdos horizontales*

Como se aclaró anteriormente, la CNDC desempeñó un papel mucho más activo a mediados y fines de la década de los 90, pero esto no se vio reflejado en los casos relativos a los carteles. Se dieron varios casos que involucraron restricciones horizontales en el sector de la salud: existieron asociaciones de prestadores de servicios médicos con posición dominante en varias regiones del país. Estas asociaciones controlaban efectivamente el ingreso en sus mercados respectivos mediante acuerdos exclusivos. En una serie de casos, la CNDC recomendó, y la Secretaría aprobó, la eliminación o modificación de la exclusividad, y en algunos casos la aplicación de multas.⁹ Hubo otros casos que implicaron la fijación de precios conjunta por parte de asociaciones de prestación de servicios médicos. Esta serie de casos hizo que la CNDC llevara a cabo un profundo estudio del mercado argentino de la salud y emitiera una serie de lineamientos que se aplicarían a la competencia en la industria. Estos lineamientos proporcionan un análisis competitivo de varias prácticas que se verificó que existen en la industria y establecieron ciertos parámetros – generalmente menores del 25% del mercado correspondiente – dentro de los cuales ciertas actividades colectivas desarrolladas por los prestadores y los clientes son presuntamente admisibles.¹⁰

En el período de cinco años 2001-2005 se resolvieron un total de apenas 12 casos de acuerdos horizontales no relacionados con los servicios médicos (las resoluciones incluyen una recomendación de la CNDC y una decisión final de la Secretaría de Coordinación Técnica). De estos casos, cuatro derivaron en la aplicación de sanciones. Un caso en el cual no se determinó la existencia de violación a la ley, resuelto en el año 2001, se relacionó con reducciones simultáneas, por parte de tres líneas aéreas internacionales, de las comisiones que le abonaban a los agentes de viaje. Si bien las

denunciadas incurrieron en conductas paralelas, no se produjeron pruebas independientes de que hubo acuerdo, y no se consideró que las acciones de las denunciadas no guardaron coherencia con la acción independiente.

Se sancionaron dos acuerdos de fijación de precios en el 2003. Uno de ellos involucraba a cuatro distribuidores de gas licuado de petróleo en la ciudad de San Carlos de Bariloche durante un breve período en 1998. Las pruebas en el caso fueron circunstanciales en su mayor parte. Se les impuso a los cuatro denunciados una multa total de USD 150 000. En el segundo caso, varios productores de arena de construcción en la ciudad de Paraná formaron una cooperativa a través de la cual vendían su producción de manera conjunta durante el período 1999-2001. Las pruebas demostraron que el precio de la arena había caído de manera significativa antes de la formación de la cooperativa, y el objeto del acuerdo era restablecer el precio a los niveles anteriores. La Comisión exigió que cesara la fijación de precios conjunta e impuso una multa a los productores de arena de un total de USD 450 000. (La Secretaría aceptó prácticamente la totalidad de las recomendaciones de la CNDC en los últimos años. Por ello, toda referencia que se haga en este informe a las decisiones de la Comisión significa que éstas también fueron aprobadas por la Secretaría.)

En julio de 2005, se resolvieron dos importantes casos de cartelización. Uno de ellos implicó cemento y el otro oxígeno líquido para uso medicinal.

La ley de defensa de la competencia le concede al organismo respectivo las suficientes herramientas investigativas anticartel. Como se observó en las descripciones de los casos anteriores, puede efectuar allanamientos. La Comisión debe obtener la aprobación judicial antes de proceder al allanamiento. Los allanamientos sorpresa produjeron resultados efectivos en el caso del oxígeno. Se obtuvo la aprobación de tres jueces distintos, lo cual era necesario por las distintas ubicaciones de las cuatro empresas. Los allanamientos se efectuaron simultáneamente, procediéndose con una estrecha coordinación. Expertos informáticos acompañaron a los investigadores, y pudieron obtener pruebas electrónicas de alta relevancia. El organismo puede asimismo citar a los funcionarios y solicitar que aporten pruebas, también se recurrió a estos procedimientos en el caso del oxígeno. Cabe aclarar, sin embargo, que la resolución de los casos llevó bastante tiempo – seis años en el caso de las cementeras y más de tres en el caso del oxígeno.¹¹ Además, ambos casos se encuentran actualmente en una instancia judicial de apelación.

Recuadro 1. Carteles

El caso del cemento

Se acusó a seis cementeras de haber elaborado un esquema de distribución de mercado por un período de casi 20 años. La investigación comenzó en 1999, a raíz de la publicación de un artículo periodístico en el que se describían las actividades de cartelización. La fuente de la información fue, presuntamente, un ex empleado de una de las cementeras. Dado que la fuente no fue efectivamente identificada, la información contenida en el artículo no pudo ser usada en su totalidad, pero la publicación dio lugar a una investigación, que derivó en la producción de pruebas suficientes de la conducta.

La mayoría de las pruebas eran circunstanciales. El acuerdo fue coordinado por la asociación empresarial de la industria, la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland – AFCP. Sus miembros intercambiaron información detallada, actual y específica de las compañías sobre su producción, despachos y ventas. Los documentos obtenidos de los archivos de la asociación – la CNDC llevó a cabo un allanamiento sorpresa en la AFCP, pero no lo hizo en las empresas asociadas – indicaban que los miembros consideraban que la información era de gran importancia para ellos. Había referencias a la información como una “herramienta” que era inútil si se producía “fuera de término”, ya que perdería su “valor”. Se celebraron reuniones ocasionales de los representantes de las cuatro empresas – el allanamiento sorpresa generó pruebas de que las reuniones se llevaron a cabo, pero no de los contenidos de las discusiones.

En tres oportunidades, la AFCP realizó auditorías de la información presentada por las empresas. Estas auditorías coincidían temporalmente con los supuestos acuerdos celebrados entre las empresas sobre la distribución de los mercados. Hubo pruebas de que en una ocasión el cartel castigó a un productor que se apartó del acuerdo: los miembros del cartel “invadieron” colectivamente el territorio en el cual giraba la empresa tramposa – en la distante Patagonia – lo que provocó la pérdida de su cuota de mercado. Luego se retiraron de ese mercado. Asimismo, se encontraron algunas pruebas de acuerdos de fijación de precios en la industria.

Se aplicó una multa de USD 106 millones a cinco de los seis productores, una multa récord en el marco de la ley actual de defensa de la competencia.

Oxígeno líquido

La investigación, iniciada en el 2001, se produjo a raíz de denuncias de los hospitales de que no podían contratar con proveedores de la competencia para el suministro de oxígeno líquido. Solían recibir ofertas únicamente del proveedor incumbente; en otros casos, cuando se presentaban ofertas de la competencia, el proveedor incumbente era el mejor postor. Las quejas derivaron en que la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor (la predecesora de la Secretaría de Coordinación Técnica) instruyera a la CNDC para que comenzara una investigación.

El mercado para este producto era altamente concentrado, y entrar en él era difícil. Había, de hecho, solamente cuatro proveedores. La CNDC efectuó allanamientos sorpresa en las cuatro empresas, con resultados altamente efectivos, en tanto se produjeron contundentes pruebas documentales y electrónicas de distribución de clientes y fijación de precios en un período de cinco años. Se impuso una multa total de USD 24,3 millones a las cuatro denunciadas.

La ley de defensa de la competencia establece la aplicación de multas de hasta ARS 150 millones (que en la actualidad equivale a USD 50 millones) por conductas violatorias.¹² Dichas multas pueden duplicarse en caso de reincidencia. Los factores tenidos en cuenta al calcular las multas incluyen las pérdidas en las que hubieran incurrido las víctimas de la conducta y las ganancias obtenidas por los denunciados a partir de su conducta. Las multas aplicadas en los dos casos mencionados fueron altas en términos históricos, pero salvo en el caso del líder del cartel del cemento, no alcanzaron el tope máximo. Cabe aclarar que la inflación ha eliminado en grado significativo el máximo de 150 millones y para aplicar una multa superior sería necesario modificar la ley. Por último, la ley permite la aplicación de multas a personas físicas por conductas violatorias, sujetas al mismo tope máximo, que no fueron aplicadas en los últimos casos.

En Argentina, no hay una norma que sancione conductas *per se*. Debe demostrarse que las violaciones configuran el perjuicio al “interés económico general”. Los funcionarios del organismo, sin embargo, no ven en la falta de una norma que sancione una conducta violatoria *per se* un impedimento a sus esfuerzos anticartel.

Existen sospechas, confirmadas extraoficialmente por fuentes del sector privado, de que las actividades de carteles son moneda corriente en Argentina. Si esto es así, puede obedecer en parte a que la comunidad empresarial no se encuentra totalmente al tanto de que dichas conductas son ilícitas y que podrían llevar a la aplicación de sanciones considerables. En este sentido, algunas de las conductas de cartel, si es que, en efecto, existen, son “ingenuas”¹³. Puede, asimismo, haber dudas acerca del compromiso por parte de la autoridad de defensa de la competencia con sus esfuerzos anticartel. Los casos mencionados de las cementeras y el oxígeno son muy importantes al respecto, en tanto envían las señales correctas a los empresarios y al público. Pero estas decisiones fueron recibidas con mucho escepticismo en algunos sectores; algunos las interpretaron en el sentido de que meramente forman parte de los esfuerzos antiinflacionarios del gobierno. Estas decisiones no se traducen, a los ojos de estos observadores, en un verdadero esfuerzo por parte de la autoridad de aplicación de perseguir y sancionar las conductas de cartelización como infracciones graves de por sí. Para corregir esta impresión, en la medida que exista,

resulta una necesidad obvia que las autoridades sigan persiguiendo a los carteles.

Ha sido difícil para la Comisión desarrollar un programa anticartel efectivo. La herramienta más eficaz, los allanamientos, fue usada sólo en algunos casos. La percepción es que son muy difíciles de llevar a cabo, y además insumen una abundancia de recursos. No se han implementado programas de indulgencia, y hacia principios del año 2006, no se habían dado pasos significativos para crearlos. El alto grado de rotación de personal, descrito con mayor detalle más adelante, trae como consecuencia una falta de memoria institucional, que resulta de gran importancia en los esfuerzos anticartel. Las investigaciones al respecto requieren técnicas altamente especializadas y sofisticadas, que solamente pueden desarrollarse a través de la experiencia.

2.1.2 *Restricciones verticales*

Las restricciones verticales están comprendidas en los artículos 1 y 2 de la ley de defensa de la competencia, como se observó anteriormente. La CNDC indica que en el período 2001-05 se resolvieron únicamente tres casos de prácticas verticales, de los cuales ninguno derivó en la aplicación de sanciones. Sin embargo, muchos de los casos de abuso de posición dominante de la CNDC implicaron prácticas verticales, los cuales se exponen en la próxima sección.

2.1.3 *Abuso de posición dominante*

La definición de “posición dominante” surge de los artículos 4 y 5 del Capítulo II. Esta definición guarda coherencia con las que proponen otras leyes similares. El artículo 4 contiene la definición general de posición dominante: cuando una empresa es la única oferente o demandante en un mercado, cuando “no está expuesta a una competencia sustancial” o cuando “por el grado de integración vertical u horizontal” está en condiciones de excluir a un competidor o participante del mercado. La mención de integración “horizontal” se interpreta como una situación en la cual múltiples empresas tienen un único propietario o grupo de propietarios. El artículo 5 establece tres factores a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de posición dominante: el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otro, ya sea de origen nacional como extranjero; el alcance de las restricciones normativas en el mercado de que se trate; y el grado en el que una empresa puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento.

Como se aclaró anteriormente, el artículo 1 de la ley de defensa de la competencia prohíbe específicamente el “abuso de posición dominante”, y el artículo 2 describe algunas de las prácticas verticales y de exclusión que podrían configurar una violación del artículo 1. No hay una prohibición específica de prácticas explotativas por parte de empresas dominantes, pero queda claro que dicha conducta puede ser atacada en virtud de la ley de defensa de la competencia.

El grueso de los casos de conductas anticompetitivas de la CNDC se clasifica como casos de posición dominante. El organismo tiene registrado un total de 95 casos de posición dominante resueltos en el período 2001-05, cinco de los cuales derivaron en la aplicación de sanciones. Como se expondrá más adelante, la ley de defensa de la competencia permite que los particulares presenten una denuncia ante la Comisión, y ésta tiene la obligación de considerarla. La mayoría de estas denuncias implican acusaciones de abuso de posición dominante, pero la mayoría no alcanza el nivel de violaciones de la ley.

Algunas de las denuncias implican acusaciones de fijación de precios predatorios. La CNDC aplica específicamente estándares restrictivos al análisis de precios predatorios. Uno de los casos más importantes al respecto que fue considerado por la Comisión fue el de *Impsat*, resuelto en el año 2004.¹⁴ La denunciante, prestadora de servicios de transmisión de datos, alegó que uno de los prestadores del servicio de telefonía fija que operaban en el mercado fijaba precios a sus servicios competitivos por debajo del costo. La cuestión principal era la medida del costo correspondiente, y específicamente la medida en la cual los costos de operación de la red de telefonía fija debían atribuirse al costo del servicio de transmisión de datos.¹⁵ La Comisión adoptó un enfoque conservador respecto de los costos correspondientes, excluyendo los costos de red relacionados con la prestación del servicio de telefonía básica. Concluyó que los precios del operador principal no eran predatorios.

Se dieron otros casos de abuso de posición dominante en el sector de la televisión por cable. Hay competencia en los servicios de televisión por cable en varios mercados geográficos de Argentina. Asimismo, hay cierto grado de integración vertical entre los operadores de cable y los proveedores de contenidos televisivos, lo que dio lugar a denuncias de discriminación por parte de los operadores de cable no integrados contra sus rivales verticalmente integrados respecto de la provisión de contenidos televisivos.¹⁶

Uno de los casos de la CNDC en el sector de televisión por cable iniciado de oficio por la Comisión y resuelto en 2001 implicó el mantenimiento del precio de reventa en la transmisión de partidos de

fútbol.¹⁷ Dos cadenas televisivas de deportes, cada una de ellas con derecho a televisar los partidos nacionales de fútbol, celebraron contratos con las prestadoras del servicio de televisión por cable en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, los cuales fijaban los precios que los operadores de cable cobraban a sus clientes por recibir la transmisión de los partidos. Los operadores de cable aparentemente se reunieron conjuntamente con las cadenas y aceptaron estos términos. La CNDC rechazó los descargos de los denunciados, entre quienes se incluían a las cadenas y los operadores de cable, al determinar que su conducta tuvo el efecto de eliminar la competencia en la emisión televisiva de los partidos de fútbol. La Comisión emitió una orden de cese de la conducta e impuso multas de USD 529.289 a las cadenas y montos menores a los operadores de cable. La decisión fue, sin embargo, revocada en segunda instancia, y actualmente el caso está siendo analizado por la Corte Suprema.¹⁸

El caso más importante de abuso de posición dominante resuelto por la CNDC hasta la fecha fue el caso *YPF*.

La decisión del caso *YPF* es un claro ejemplo de un caso basado en el abuso explotativo de la posición dominante. Algunos sectores la criticaron por esa razón, dado que muchos expertos consideran que los casos de abuso explotativo son improvisados, en tanto resulta difícil determinar cuándo un precio se considera “explotativo”, así como encausar adecuadamente la conducta.¹⁹ Otros, sin embargo, defendieron el caso en el sentido de que está basado en una serie reducida de hechos – que implican una discriminación de precios – que, se dice, pueden constituir el objeto de una orden correctiva efectiva. Aparentemente, no hubo otros casos en los cuales se sancionara al abuso explotativo de posición dominante,²⁰ aunque el gobierno argentino ha participado últimamente de manera más directa en la fijación de precios, como se expondrá más adelante.

2.1.4 *Procedimiento en los casos de conductas anticompetitivas*

El procedimiento que se aplica a los casos de conductas competitivas se establece en los artículos 26 a 45 del Capítulo IV de la ley de defensa de la competencia. Las investigaciones respectivas se inician ya sea de oficio por la Comisión o a raíz de una denuncia. La Comisión puede asimismo abrir una investigación a pedido de la Secretaría, lo que constituye otra forma de procedimiento de oficio, como se explica más adelante en la parte 3.3. La mayoría de las investigaciones de conductas anticompetitivas, sin embargo, se inician a raíz de una denuncia. La Comisión debe considerar todas las denuncias.

Recuadro 2. Abuso de posición dominante

Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)²¹

El caso, resuelto en el año 1999, fue iniciado de oficio por la CNDC luego de llevar a cabo un estudio profundo del mercado del gas licuado de petróleo (GLP). La investigación fue motivada por los continuos aumentos del precio del GLP, una fuente de energía esencial para muchas residencias, a mediados de los 90. El mercado relevante fue definido como el de abastecimiento a granel de GLP a nivel nacional. Se fijó efectivamente el abastecimiento de GLP, en tanto se trata de un subproducto de la producción de gas natural. Se determinó que YPF, la petrolera que estaba en manos del Estado,²² se estaba comportando como empresa dominante en todas las fases de producción y abastecimiento de GLP, entre las que se incluye la producción, refinería, almacenaje y transporte de gas natural. Se consideró que la entrada al mercado era difícil, por lo que las importaciones no constituían una restricción respecto de los productores domésticos.

La conducta objeto del caso fue la práctica de YPF de exportar lo que se consideraba un volumen desproporcionado de su producción a precios inferiores a sus precios domésticos. Asimismo, sus contratos de exportación prohibían la reimportación del producto. La CNDC concluyó que dicha conducta perjudicaba el interés económico general y por lo tanto era ilícita. La Comisión ordenó el cese de la discriminación de precios en la que incurrió YPF entre los mercados domésticos y de exportación, y asimismo que eliminara la prohibición a la reimportación de sus contratos de exportación. Conforme a la ley aplicable al caso, a YPF se le podía imponer una multa en un monto equivalente al 120% de los beneficios obtenidos a partir de su conducta ilícita. La CNDC determinó que los beneficios obtenidos ilícitamente durante el período relevante fueron de USD 91.370 000, lo que tuvo como resultado una multa de USD 109.644 000.

La decisión de la CNDC, aceptada por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²³

La ley indica la información que debe figurar en la denuncia. Si la Comisión estima que la denuncia es procedente conforme a la ley, correrá traslado por diez días al presunto responsable para que dé las explicaciones correspondientes (todos los plazos previstos por la ley se establecen en días hábiles). Recibida la contestación, la Comisión puede considerar satisfactorias las explicaciones o que no hay mérito suficiente para continuar con el procedimiento; en ambos casos se dispone el archivo de la denuncia. No obstante muchas denuncias avanzan más allá de esta etapa.

Cada caso es asignado a un único vocal, encargado de la instrucción. Asimismo, se asigna al menos un abogado y un profesional en ciencias económicas a cada caso. Como se expuso anteriormente, la CNDC cuenta

con amplias facultades investigativas. Son bastante comunes las audiencias testimoniales. Estas se llevan a cabo ante el vocal correspondiente. Se notifica al denunciado de la audiencia y éste puede recibir declaración de los testigos. La ley, con su decreto reglamentario, establece que la instrucción deberá realizarse dentro de un plazo de 180 días contados desde el momento en que se resuelva la procedencia de la instrucción del sumario. Si al presunto responsable se lo acusa de violar la ley, tiene un plazo adicional de 15 días para efectuar su descargo y ofrecer la prueba que considere pertinente. Las pruebas se pueden producir en un plazo máximo de 90 días. El plazo para que el presunto responsable presente sus alegatos es de 6 días, y la CNDC debe emitir su decisión dentro de un plazo de 60 días.

Concluida la instrucción, el abogado o profesional en ciencias económicas asignado elabora un informe bajo la supervisión del vocal instructor, que deberá estar firmado por el vocal y ser refrendado por el jefe de abogados y el jefe de economistas, y que deberá ser presentado al pleno de la Comisión. Las reuniones de la Comisión no son públicas. Las decisiones de la Comisión requieren una mayoría de tres funcionarios de la comisión (la Comisión está integrada por cinco miembros, incluido el presidente). Tras llegar a un acuerdo, se elabora una recomendación, que es presentada a la Secretaría de Coordinación Técnica.

La Comisión tiene, en los casos de conductas anticompetitivas, la facultad de emitir órdenes preliminares a efectos de impedir conductas potencialmente perjudiciales durante la etapa previa a su pronunciamiento final. El artículo 35 de la ley de defensa de la competencia establece que:

El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión.

La CNDC emitió activamente dichas órdenes. En el período de cuatro años comprendido entre 2001 y 2004, emitió las órdenes previstas en el artículo 35 en 26 casos. Estas medidas son apelables en sede judicial, y de hecho, muchas de ellas son objeto de apelación, pero la apelación en este caso tiene efecto devolutivo.

Un particular que inicia un caso a través de una denuncia goza del derecho absoluto de participar en el proceso, lo que incluye el derecho de apelar las decisiones de la Comisión. La ley establece asimismo la posibilidad de participación de otros particulares interesados en el proceso. La práctica de la CNDC consiste en limitar esta participación de terceros a la capacidad de observar el procedimiento y presentar pruebas.²⁴ Hasta la fecha, esto ocurrió solamente en casos contados.

Las estadísticas de la comisión demuestran que la cantidad de casos de conductas anticompetitivas iniciados por año supera la cantidad de casos concluidos. A continuación, se incluyen los datos correspondientes a los casos abiertos y resueltos en el período 2001-05

Tabla 1. Casos abiertos y resueltos 2001-2005

	2001	2002	2003	2004	2005
Casos abiertos	116	120	79	77	84
Casos resueltos	21	33	20	29	49
Casos sancionados o conciliados	3	5	3	2	7

Por lo tanto, aunque haya períodos establecidos para la conclusión de los casos, muchos permanecen en trámite por períodos más extensos. Esto se debe a varios motivos. En primer lugar, el motivo principal es la falta de recursos a disposición de la Comisión para tratar la cantidad de casos en trámite, cuestión que se expondrá más adelante en la Sección 3. Un segundo motivo importante es que las fusiones gozan de prioridad temporal respecto de los casos de conductas anticompetitivas; la gran cantidad de casos en materia de fusiones de la Comisión ha ocasionado que los casos relativos a conductas anticompetitivas pasaran a un segundo plano. Asimismo, en el caso de dos períodos en 2003 y 2004 la Comisión contaba con tres miembros solamente, incluido el presidente. Esto contribuyó inevitablemente a la acumulación de los casos. En 2005, sin embargo, la Comisión logró resolver más casos que en los años anteriores, y sigue esforzándose para reducir la cantidad de casos pendientes.

Otro factor que contribuye a la lenta resolución de casos en materia de conductas anticompetitivas podría ser el hecho de que los procesos de tramitación de los casos presenten ciertas ineficiencias. Se requiere que la Comisión considere todas las denuncias presentadas por los particulares. Tiene cierto margen de discreción para decidir si ha de dar curso a las denuncias que exceden claramente el alcance de la ley de defensa de la competencia, o que no contengan los datos exigidos por la ley. En el período 2002-04, alrededor del 44% de los casos resueltos en materia de conductas anticompetitivas fueron concluidos de manera sumaria. En el resto de los casos, sin embargo, la Comisión elabora un informe formal y una recomendación para la Secretaría de Coordinación Técnica. Estos trámites obviamente insumen recursos y llevan más tiempo. Dado que la gran mayoría de los casos no deriva en la aplicación de sanciones o dictado de órdenes, surge la cuestión de si debería ser necesario que la Comisión y la Secretaría resuelvan estos casos de manera tan formal.

Se presenta la misma cuestión con respecto a los casos de la Comisión en materia de fusión, la mayoría de los cuales no tratan asuntos competitivos. Existen razones válidas que sustentan tal formalidad, siendo la principal los beneficios de la transparencia en un país en el que persiste cierto escepticismo con respecto a la honestidad del gobierno. Esas cuestiones serán tratadas más adelante en la sección sobre fusiones.

2.1.5 *Competencia desleal y defensa del consumidor*

La mayoría de las conductas que se consideran equivalentes a la competencia desleal están sujetas a una ley distinta, la Ley de Lealtad Comercial Nro. 22.802, que no es aplicada por la CNDC. Sin embargo, la Secretaría de Coordinación Técnica es responsable respecto de dicha ley, y el organismo al que se le delegaron las responsabilidades de aplicación de la ley es la Dirección Nacional de Comercio Interior. La ley 22.802 regula, entre otras cosas, las cuestiones relativas a la precisión en el etiquetado de los productos, publicidad falsa o engañosa, denominaciones del país de origen, y las promociones que impliquen el ofrecimiento de premios o juegos de azar. En el 2005, hubo un total de 505 intervenciones motivadas por presuntas violaciones de la ley.

La misma situación se da en el caso de temas de defensa del consumidor, los cuales están regulados por una ley distinta, la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240. La responsabilidad por esta ley corresponde a la Secretaría de Coordinación Técnica, y las actividades iniciales tendientes a su aplicación están a cargo de la Dirección Nacional de Comercio Interior. La ley contiene disposiciones detalladas que se aplican a una gran cantidad de tipos de conductas de mercado, tales como el suministro de información insuficiente, incumplimientos contractuales, garantías defectuosas, servicio técnico insuficiente, reparaciones no satisfactorias, omisiones en la presentación de presupuestos, requisitos relativos al suministro de información en las operaciones de crédito, entre otras cuestiones. Entre las sanciones por inobservancia de la ley se incluyen tanto medidas correctivas como multas. En 2005, hubo un total de 355 casos que derivaron en sanciones conforme a la ley.

Los casos de competencia desleal y de defensa del consumidor basados en las leyes respectivas pueden ser iniciados mediante denuncias privadas presentadas en las oficinas provinciales de defensa del consumidor. Las denuncias consideradas procedentes son reenviadas con recomendaciones a la Secretaría de Coordinación Técnica. Eventualmente, la Secretaría puede percibir una posible violación de la ley de defensa de la competencia y por lo tanto someter la cuestión a consideración de la CNDC. La mayoría de las veces, casos de este tipo implican acusaciones de fijación de precios

predatorios. La CNDC resolvió 14 casos de esa índole en 2001-05, ninguno de los cuales derivó en la aplicación de sanciones.

2.2 Fusiones

El control formal de las fusiones fue introducido con la sanción de la Ley 25.156 en 1999.²⁵ Los artículos 6 a 16 del Capítulo III se refieren al control de las fusiones. El estándar de fondo se enuncia en el artículo 7:

Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

2.2.1 Notificación

El artículo 8 de la ley establece los requisitos de notificación.²⁶ Las operaciones deben ser notificadas a la CNDC cuando el volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de ARS 200 000 000[USD 67 000 000].²⁷ En la actualidad, no se aplican cargos por notificación. El artículo 10 de la ley enumera algunas operaciones que están exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 8. Dichas operaciones son las siguientes:

- las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones;
- las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;
- las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en Argentina
- las adquisiciones de empresas liquidadas;
- las adquisiciones cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina no superen los ARS 20 000 000[USD 6 700 000], salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el monto del total de dichas adquisiciones en los últimos 36 meses supere los ARS 60 000 000 [USD 20 000 000]. Las operaciones sujetas a las acumulaciones de 12 y 36 meses deben haberse verificado en el mismo mercado.

La última excepción, que efectivamente crea un umbral de “tamaño de la operación” de ARS 20 millones, fue agregada por decreto en 2001.²⁸ Éste fue un agregado importante, sin el cual las adquisiciones, por más que fueran pequeñas, por parte de una empresa importante daban lugar a la regla de tamaño de las partes de ARS 200 millones. Esto traía aparejada una gran cantidad de notificaciones, muchas más de 100 por año en 1999 y en 2000. En razón de lo anterior, la capacidad de la CNDC de prosecución de casos en materia de conductas anticompetitivas se vio sobrepasada, dado que tenía que ocuparse de una gran cantidad de fusiones. El efecto de la modificación de 2001 fue considerable. La cantidad de notificaciones descendió de 97 en 2001 a 27 en 2002 (sin embargo, la disminución no obedeció a la modificación exclusivamente. La crisis económica argentina tuvo lugar en el mismo año 2002, y esto afectó las actividades de fusión en el país, sumado a una baja mundial de las actividades de fusión). Pero la cantidad de notificaciones ha aumentado cada año desde entonces, llegando a un total de 65 en 2005. Aparentemente, la aplicación por parte de la Comisión de las disposiciones de la ley relativas a las conductas anticompetitivas se está viendo limitada por sus obligaciones de revisión de las fusiones. Puede que el umbral de los ARS 20 millones, establecido en 2001, sea ahora demasiado bajo, al haberse diluido por la inflación.

La CNDC ha creado un proceso de consulta previa respecto de la obligación de notificar del que se pueden valer las partes involucradas en una fusión. El sector privado considera que este proceso resulta de utilidad y que la Comisión lo administra de manera efectiva. Una de las quejas del sector privado al respecto es que en las solicitudes de consulta ya no se pueden plantear casos hipotéticos; en su lugar, debe divulgarse la operación real. Algunas partes no desean hacerlo por razones tanto comerciales como estratégicas. Se efectuaron aproximadamente 220 procesos de consulta desde 1999.

El artículo 8 exige que la notificación se efectúe en el plazo de una semana a partir de “la fecha de la conclusión del acuerdo [de fusión], la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control”, la que ocurra en primer término. Se ha precisado por decreto cuál es exactamente la fecha a partir del cual se comienza a computar el plazo de una semana: la fecha en la que se suscribe el acuerdo definitivo de fusión, conforme a lo previsto en otra ley; en el caso de transferencias de fondos de comercio, la fecha de perfeccionamiento de la transferencia, también de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley; en el caso de adquisición de acciones o de la propiedad, el día en que quedara perfeccionada la adquisición de acuerdo con el contrato de compraventa; o en otros casos, en la fecha de perfeccionamiento de la operación conforme a la definición legal.²⁹ En caso de incumplimiento de estos plazos de

notificación, se aplicará una multa diaria de hasta ARS 1 000 000 [USD 333 000] por cada día de demora.

Del texto del artículo 8 se desprende que, según la fecha en la que comienza a correr el plazo mencionado, las partes que participan en una fusión pueden haber consumado la operación antes de efectuar la notificación respectiva. En todo caso, no hay requisitos explícitos en la ley en el sentido de que las partes se abstengan de consumir la operación luego de efectuar la notificación. Por otro lado, el artículo 8 dispone que “los actos [interpretados como la implementación de la operación] sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda”. Los artículos 13 y 14 establecen los procedimientos de aprobación de la fusión por parte de la autoridad competente. Por ello una fusión no tiene efecto legal alguno hasta tanto no cuente con la aprobación correspondiente, aunque técnicamente la operación se hubiera consumado.

La comunidad empresarial ha interpretado estas disposiciones algo incoherentes de la ley en el sentido de que crean un régimen por el cual las partes que consuman una operación de fusión lo hacen a su propio riesgo. Algunas operaciones se consuman antes de su aprobación (como se explicará más adelante, la aprobación suele llevar un mínimo de tres a cuatro meses). Se dan por lo general casos de fusiones sencillas, es decir, aquellas respecto de las cuales casi no cabe duda acerca de su aprobación. Es aconsejable para las partes involucradas en una operación problemática desde el punto de vista de la competencia que no consumen la operación antes de su aprobación, o si existen razones comerciales por las cuales la consumación formal no puede postergarse (por ejemplo, en razón de que la fusión forma parte de una operación internacional sujeta a una oferta pública en el extranjero), las partes podrían consumir la operación pero dilatando la implementación de la fusión hasta que se obtenga la aprobación.

Como se expuso en la parte 2.1.4, el artículo 35 de la ley de defensa de la competencia faculta a la Comisión a emitir órdenes preliminares en el transcurso de un caso o investigación “... cuando se pudiera causar una grave lesión al régimen de competencia”. Hasta ahora, este tipo de medida fue adoptada solamente en los casos de conductas anticompetitivas. Obviamente, podrían resultar de utilidad también en los casos de fusiones; la Comisión podría aumentar su capacidad de adoptar medidas correctivas efectivas emitiendo órdenes en un caso problemático que prohíban la consumación de las operaciones cuya revisión esté pendiente, o en el caso de que se hubiera consumado la operación, dichas órdenes podrían prohibir la integración de las empresas de las partes (“titularidad separada”). La Comisión discutió esta posibilidad en 2002, con relación a las fusiones

aeroportuarias descritas más adelante, pero llegó a la conclusión de que no estaba facultada legalmente para aplicar esta medida en los casos de fusión.

En todo caso, son pocas las operaciones que fueron totalmente desaprobadas por las autoridades. La mayoría de los casos en los cuales existen problemas de competencia se resuelven por medio de las desinversiones. No queda claro si este fenómeno se debe a la inexistencia de un régimen de notificación previa a las fusiones. Los funcionarios de la CNDC no sienten que los procedimientos actuales los colocan en una posición desventajosa a la hora de adoptar una medida efectiva respecto de la relativamente baja cantidad de operaciones que se consideran anticompetitivas.³⁰

Un caso en el que se prohibió una fusión consumada fue el que involucró la adquisición de una empresa aérea que controlaba el 40% de los servicios aéreos a nivel nacional por parte del concesionario de muchos de los aeropuertos internacionales y domésticos de Argentina.³¹ Las autoridades desaprobaron la operación sobre la base de un análisis vertical: el concesionario ejercía un poder monopólico a nivel aeroportuario, del que podía valerse de varias maneras a fin de perjudicar o excluir a las líneas aéreas que compitieran con la empresa adquirida. Pero la operación ya había sido consumada. La cuestión que debía resolver la autoridad de defensa de la competencia era si se debía dejar sin efecto la fusión, dado que conforme al artículo 8, carecía de efecto, o si el concesionario de los aeropuertos debía desprenderse de la línea aérea. La Secretaría solicitó la venta de las acciones, y permitió que el concesionario de los aeropuertos conservase una participación minoritaria en la línea aérea, así como un compromiso por parte del concesionario de que no participaría en la administración de ésta. Posteriormente, el concesionario vendió la totalidad de su participación en la línea aérea.³²

Por último, la autoridad de defensa de la competencia puede controlar las fusiones que no están sujetas a las obligaciones de notificación, pero deben tramitarse como conductas violatorias. El organismo puede imponer ciertas condiciones a la fusión anticompetitiva o prohibirla de manera absoluta.

2.2.2 *Procedimientos de revisión de fusiones*

Los artículos 13 y 14 de la ley de defensa de la competencia establecen los procedimientos relativos a la revisión de fusiones. El decreto reglamentario dictado en 2001 reforzó lo previsto en estas disposiciones.³³ El artículo 13 de la ley exige que el "Tribunal" (que no existe) debe expedirse en 45 días hábiles (nueve semanas calendario) respecto de si se

debe aprobar o rechazar la operación, o subordinarla al cumplimiento de ciertas condiciones. El artículo 14 dispone que si no media decisión al respecto dentro del período establecido, la operación se tendrá por “autorizada tácitamente”. Estas disposiciones fueron interpretadas en el sentido de que aplican el período de 45 días a la decisión que debe tomar la Secretaría de Coordinación Técnica, previa recomendación de la CNDC.

La norma reglamentaria desarrolla aún más los procedimientos de revisión, creando tres etapas en el proceso. Las notificaciones iniciales se deben instrumentar en un formulario denominado Formulario 1, en el que se debe consignar la siguiente información: las partes del contrato de fusión; los productos y servicios ofrecidos por las partes, y los productos que los sustituyen; las condiciones para comenzar a proveer estos productos o servicios; los mercados geográficos de Argentina en el que se desarrollarán las partes; información respecto de si las partes son objeto de investigaciones por conductas anticompetitivas en Argentina o en el exterior; e indicaciones respecto de si la fusión propuesta es objeto de investigación en otro país. La norma en cuestión establece asimismo que la autoridad que analice la operación, que se interpreta es la CNDC, debe, dentro de los 15 días posteriores a la notificación, recomendar al Secretario la autorización, rechazo o autorización sujeta a condiciones, o alternativamente, requerir el Formulario F2.

El Formulario F2 requiere la presentación de información mucho más detallada sobre la fusión y sobre los mercados en los cuales las partes compiten. Si la CNDC emite el Formulario 2, ésta debe, dentro de los 35 días posteriores a la notificación, optar entre las posibilidades descritas anteriormente o requerir el Formulario 3, donde se solicita información aún más detallada. Los Formularios 1 y 2 son formularios estandarizados, mientras que el Formulario 3 es elaborado por la Comisión específicamente para cada caso en particular. Si se requiere el Formulario 3, la Comisión y la Secretaría tienen 45 días (todos los plazos están computados en días hábiles) desde la fecha de la notificación para tomar una decisión final. En 2005, se produjeron decisiones finales en 46 fusiones. Se requirió el Formulario F2 en el caso de nueve de ellas; y no se requirió ningún Formulario F3. De todos modos, 2005 fue una excepción ya que se requirieron dos o tres formularios F3 la mayoría de los años.

La emisión de los Formularios 2 y 3 tiene el efecto de suspender el transcurso de los períodos relevantes hasta tanto se suministre la información. Asimismo, si la Comisión decide que la información suministrada con algunos de los formularios no está completa, puede notificar a las partes al respecto y se suspenden los períodos hasta tanto se suministre la información faltante. Por último, la norma reglamentaria establece que la Comisión puede “en circunstancias excepcionales”,

formular un pedido de información no solicitada en los formularios. Este pedido tiene el efecto de prolongar la suspensión de los períodos relevantes. De todos modos, esta facultad de formular pedidos excepcionales de información casi nunca se ejerce.

Cabe aclarar que los períodos de 15 y 35 días creados por la regulación se aplican internamente al organismo; si no se cumplen – por cierto, la comisión se esfuerza por hacerlo – ello no implica autorización tácita. Suele darse el caso, sin embargo, de que la CNDC notifica a las partes que su Formulario F1 no está completo, lo cual tiene el efecto de suspender el período de 15 días hasta tanto se suministre la información faltante; e incluso, puede haber más de una notificación en este sentido en un caso determinado. Por otro lado, en la práctica siempre se emite una decisión final sobre una fusión a través de la Secretaría. Hasta la fecha, no se ha dado el caso de autorización tácita de una fusión. Por lo tanto, en cada caso la CNDC elabora un análisis por escrito de la operación y una recomendación para la Secretaría. Este proceso tiene el efecto de prolongar el período de revisión e insume importantes recursos en la Comisión. Se estima que el caso “sencillo” promedio en el cual no se verifican cuestiones competitivas serias se resuelve en 3-4 meses. Los casos más serios pueden llevar unos 6 meses, y los más serios, un año o más.

Es obvio que un medio que tiende a disminuir el período de revisión en los casos sencillos y simultáneamente conservar los recursos sería la creación de un proceso de aprobación sumaria, por el cual se elimine la necesidad de llevar a cabo un análisis detallado y elaborar un dictamen formal en cada caso. Surge el mismo planteamiento con relación a los casos de conductas anticompetitivas, como se expuso anteriormente. Hay, sin embargo, cierto escepticismo respecto de un proceso de estas características, tanto en el marco de la CNDC como fuera de éste. Argentina presenta antecedentes poco felices de corrupción en el gobierno, y por esta razón, muchos ven la necesidad de que todas las decisiones tomadas en virtud de la ley de defensa de la competencia tengan transparencia absoluta. La ley argentina requiere que las decisiones administrativas estén fundamentadas y justificadas. Ello implica la necesidad de que la decisión se instrumente por escrito en todos los casos. Por último, como se expondrá más adelante, hay cierto riesgo de intervención de terceros en los casos de fusión, y este riesgo podría ser mayor si no se adoptara una decisión formal en un caso.

2.2.3 *Casos de fusión*

La siguiente tabla muestra las actividades de fusión dentro de la CNDC en el período 2001-05.

Tabla 2. Casos de fusión

	Casos abiertos	Aprobados	Aprobados, sujetos a condiciones	Rechazados	Decisiones finales totales
2001	97	98	3	1	102
2002	27	24	1	1	26
2003	44	33	4	1	38
2004	49	41	4	-	45
2005	65	44	2	-	46

Estos datos muestran que, en promedio, del 5% al 10% de las fusiones notificadas están sujetas a algún tipo de acción correctiva; este nivel de actividad se condice con el de la mayoría de los países.

En 2001, la CNDC publicó una serie de lineamientos para las fusiones.³⁴ Los lineamientos emplean conceptos aceptados en materia de control de fusiones, y se condicen con los lineamientos emitidos por otros países. Los mercados geográficos y de productos relevantes se determinan considerando la sustitución en la demanda. Los participantes del mercado se identifican por su capacidad de empezar a ofrecer el producto relevante fácil y rápidamente. Las cuotas de mercado de los participantes se calculan de manera tradicional, y la concentración de mercado se expresa usando el índice Herfindahl-Hirschmann. La entrada al mercado es una consideración importante en el análisis, y se usan metodologías tradicionales para evaluar las condiciones de ingreso. A las importaciones se les da el tratamiento adecuado en el análisis. Se establece una metodología para analizar ganancias de eficiencia, que también se condice con la práctica internacional. Hay secciones breves que se ocupan de las concentraciones verticales y de conglomerado. En el primer caso, los aumentos de las barreras a la entrada se identifican como el efecto anticompetitivo principal, y en el segundo caso, se observa que la mayoría de las concentraciones de conglomerado no afectan de manera adversa a la competencia, más allá de una posible eliminación de la competencia potencial.

La Comisión ha considerado varias fusiones significativas en mérito a la ley de 1999. Una de ellas fue el caso de los aeropuertos descrito anteriormente. Otros fueron considerados anticompetitivos, como se describe a continuación.

Recuadro 3. Fusiones

Telefónica/Bellsouth³⁵

En 2005, Telefónica S.A., una multinacional de las telecomunicaciones con sede en España que giraba en toda Latinoamérica, adquirió las operaciones latinoamericanas de Bellsouth. En Argentina, Telefónica era un importante prestador de servicios de telefonía fija y móvil, tanto de larga distancia como local, y prestaba asimismo servicios de transmisión de datos y de acceso a internet. Bellsouth prestaba algunos servicios de telefonía fija en la Argentina y era un importante competidor en los servicios de telefonía móvil y servicios relacionados.

Todas las fusiones, incluidas las de los sectores regulados, están sujetas a la ley de defensa de la competencia. En la mayoría de los casos, los entes reguladores también tienen, sin embargo, autoridad en materia de fusiones en sus sectores respectivos, y pueden prohibir las fusiones por los motivos correspondientes. En este caso, había una estrecha cooperación entre la CNDC y la Comisión Nacional de Comunicaciones, el ente regulador de las telecomunicaciones. Los dos organismos llegaron a un acuerdo sobre el análisis de la operación y las medidas que debían adoptarse.

La Comisión determinó que la fusión no impactaría demasiado en los servicios de telefonía fija dada la acotada posición de Bellsouth en el sector, y las preocupaciones en los mercados de transmisión de datos y de larga distancia fueron aliviadas por las posibilidades de nuevas entradas. Sin embargo, una preocupación que fue identificada consistió en la provisión de líneas fijas a los licenciatarios del servicio de teléfonos públicos. La medida adoptada con motivo de esta preocupación fue el requerimiento de que la empresa fusionada provea el servicio sin discriminación alguna.

La operación tuvo justamente la consecuencia de que aumentó la concentración en el mercado de telefonía móvil, pero se determinó que el impacto en la competencia no sería significativo, dado que: había un significativo grado de competencia por la presencia de actores fuertes; las partes que se fusionaron no eran competidores cercanos en mercados caracterizados por una diferenciación; y la ley argentina limitaba a los operadores de telefonía a un espectro de radio de 50 Mhz. La empresa fusionada excedería dicho límite, y por lo tanto la fusión se subordinó a la condición de venta de espectro de radio por parte de dicha empresa. La Comisión observó asimismo que la fusión daba lugar a ciertas preocupaciones relacionadas con el sistema argentino de “el que llama paga” en la telefonía móvil. En el caso de las llamadas desde una línea telefónica fija a un teléfono móvil, el operador de telefonía móvil gozaba de cierto poder monopólico. Se suspendió una reglamentación que controlaría el abuso de dicho poder, y la Comisión requirió que las partes se abstengan de ciertas prácticas de exclusión hasta tanto entrara en vigencia dicha reglamentación.

Grupo Bimbo/Fargo³⁶

Esta fusión, que fue aprobada en 2004, pero sujeta a condiciones, era la parte central de una operación internacional en la que el Grupo Bimbo, una de las panificadoras internacionales más grandes del mundo, adquirió a Fargo, otra panificadora. Fargo se encontraba en concurso preventivo de acreedores. La CNDC analizó los efectos de la fusión en Argentina en dos mercados: el del pan industrial blanco y negro y el de bollería industrial. En el primero, las empresas controlarían el 79% luego de la fusión, y en el segundo, el 62%. La CNDC determinó que había significativas barreras de ingreso a esos mercados, que incluían las marcas bien establecidas de las dos empresas, lo que sería costoso duplicar, y la gran capacidad ociosa de producción que tendría la empresa que resultara de la fusión. La Comisión concluyó que la fusión produciría efectos anticompetitivos significativos, y si bien las partes sostuvieron que la operación produciría eficiencias, la Comisión decidió, conforme al estándar de bienestar del consumidor que informa el análisis de eficiencia conforme a la ley, que las ganancias de eficiencia no serían trasladadas a los consumidores.

Una parte de la fusión ya se había consumado, sin embargo, en el extranjero, y la Comisión descartó el requerimiento de que se deje sin efecto la operación, pero sí requirió la desinversión de una de las plantas de producción de pan explotadas conjuntamente por las partes bajo un nombre de marca y con un sistema de distribución. Asimismo, la Comisión exigió que las partes se abstuvieran de consumir la parte de la operación que no hubiera sido consumada y que no podrían integrar sus operaciones en Argentina hasta tanto se completara la desinversión.

Ambev/Quilmes

Esta fusión en la industria cervecera, que fue aprobada en 2003 pero sujeta a condiciones, fue una de las más controvertidas de la historia argentina reciente. La operación involucró la adquisición por parte de Ambev, con sede en Brasil y una de las cerveceras más importantes del mundo, de Quilmes, la cervecera más importante de Argentina (Quilmes tenían asimismo operaciones en Bolivia, Paraguay y Uruguay).³⁷ Quilmes tenía una participación de mercado en la Argentina de alrededor del 65%, y la participación de Ambev era del 15%, lo que daba un total de alrededor del 80% del mercado. El aumento en las concentraciones resultaba obviamente preocupante, y la CNDC concluyó que las barreras a la entrada en los mercados relevantes eran altas. Dichas barreras incluían una significativa lealtad a la marca en la industria, así como la necesidad de un sistema de distribución efectivo, que era difícil de crear, y una significativa capacidad ociosa de las partes.

Las partes sostuvieron que de la fusión resultarían eficiencias significativas, algunas de las cuales eran creíbles según la CNDC. La Comisión opinaba que la fusión era anticompetitiva, pero no la desaprobó por completo, al permitir que siguiese adelante sujeta a condiciones. Requirió la desinversión de dos instalaciones cerveceras y de cuatro marcas y también exigió ciertos compromisos de distribución. La cuota de mercado que representaban las marcas relacionadas con la desinversión equivalía aproximadamente al aumento de concentración que provocaría la fusión propuesta. Asimismo, la Comisión requirió que la desinversión se realizara a favor de un nuevo ingresante al mercado, y no a un competidor existente. Se les dio a las partes un período de un año para finalizar la desinversión.

Hay quienes sienten que hubiera sido mejor haber desaprobado la fusión en su totalidad. En todo caso, debido a la intervención de un tercero, hacia principios de 2006 la desinversión no había sido efectuada. Otra cervecera argentina intentó adquirir los activos a desinvertir, pero esto no le fue permitido, debido al requisito de que sean vendidos al nuevo ingresante al mercado. Esa empresa recurrió a la justicia para impugnar la decisión de la CNDC. Inicialmente, el juez de primera instancia dictó una medida precautoria por la cual se suspendía el proceso de desinversiones hasta que su decisión fuera definitiva. Luego rechazó el pedido del tercero, pero el peticionante interpuso un recurso de apelación. La cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia, y el tercero apeló a la Corte Suprema. La medida cautelar por la cual se inhibía la consumación de la desinversión se mantuvo en vigor. En abril de 2006, la Corte Suprema desestimó el recurso, y falló a favor de la CNDC, por lo cual se reanudó el transcurso del período de desinversión.³⁸

Servicios postales³⁹

Esta decisión, adoptada en 2001, involucró la propuesta de fusión de las dos empresas de correo más importantes de Argentina, una de las cuales había sido estatal. Las partes competían a escala nacional en varios servicios postales, entre los que se incluye, envío básico de correspondencia, servicios telegráficos, transferencias dinerarias, servicios empresariales, encomiendas, envíos de alta seguridad, y servicios de mensajería internacional. Había pequeños competidores en algunos de estos servicios, pero las empresas involucradas en la fusión tenían las redes más importantes y abarcativas. Eran la primera y segunda opción para la mayoría de los consumidores de estos servicios. La Comisión concluyó que los aumentos de concentración en todos estos mercados era inaceptablemente altos y que resultaba difícil entrar a estos mercados, debido en parte a las significativas economías de alcance. La Comisión intentó estimar los costos que tendrían que ser afrontados por los consumidores a raíz de la fusión, y concluyó que podrían oscilar entre los ARS 18 millones y ARS 55 millones por año. La Comisión rechazó las afirmaciones con respecto a las ganancias de eficiencia planteadas por las partes, sosteniendo que las estimaciones no estaban cuantificadas y eran demasiado imprecisas.

Los servicios postales en Argentina estaban parcialmente regulados, pero los únicos precios fijados eran los correspondientes al servicio de envío de correspondencia y telegramas, y las pequeñas transferencias dinerarias. El artículo 16 de la ley de defensa de la competencia establece que cuando una concentración económica se da en el marco de una industria regulada el organismo regulador del sector debe presentar un informe a la autoridad de defensa de la competencia relativo a los impactos de la operación en la competencia. En este caso, la Comisión Nacional de Comunicaciones presentó el informe respectivo, en el que plasmó los impactos anticompetitivos de la operación propuesta.

La fusión propuesta no fue autorizada.

Hay una cuestión procesal que afectó de manera adversa al menos a dos de los casos de fusión de la Comisión y que tiene el potencial de alterar el proceso en el futuro.⁴⁰ Se trata de la capacidad de los terceros de impugnar judicialmente la decisión de la Comisión. La intervención de un tercero en el caso de las cerveceras Ambev/Quilmes impidió por un período de años el cumplimiento de la desinversión que había sido dispuesta por la Comisión. Algo similar ocurrió en la fusión de dos cadenas de supermercados. En ese caso, un tercer competidor intervino ante un tribunal federal mendocino, solicitando que se interrumpa la revisión de la CNDC de la operación, por dos motivos: en primer lugar, en razón de que la CNDC no tenía el quórum suficiente cuando se inició la investigación, y en segundo lugar, en razón de que la CNDC no podía actuar legalmente en el caso de una fusión de conformidad con la ley de 1999, porque la ley pretendía crear otro organismo de defensa de la competencia, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, el cual, sin embargo, nunca fue constituido. El tribunal de primera instancia hizo lugar al reclamo del tercero respecto de la falta de quórum, pero sostuvo que la CNDC estaba facultada para actuar en esos casos hasta tanto se constituyera el Tribunal. En mayo del año 2006, un tribunal de alzada confirmó el fallo de primera instancia respecto de la falta de quórum, y por lo tanto instruyó a la Comisión que reiniciara el caso (ha habido quórum constituido en la Comisión desde julio de 2004). Convalidó asimismo el fallo de primera instancia en el sentido de que la CNDC podía actuar conforme a la ley de 1999, pero sostuvo que debería contar con todas las facultades otorgadas al Tribunal por dicha ley, y notoriamente, la facultad de expedirse independientemente de la Secretaría. El caso está siendo analizado en la actualidad por la Corte Suprema.⁴¹

3. Cuestiones institucionales

3.1 *Las herramientas de aplicación*

La ley de defensa de la competencia otorga a la autoridad de aplicación las facultades que necesita para aplicar la ley. El artículo 24 le confiere al organismo facultades investigativas básicas, incluidas las de realizar estudios de mercado; celebrar audiencias y recibir declaraciones; examinar libros y documentos; y practicar allanamientos previa autorización judicial. Asimismo, faculta al organismo para emitir opinión en materia de competencia; elaborar sus reglamentos internos; promover acciones ante la justicia; actuar con las dependencias competentes en la negociación de convenios internacionales en materia de políticas de competencia; y celebrar acuerdos de consentimiento en los casos.

Los artículos 46-51 del Capítulo VII establecen sanciones por inobservancia de la ley. Entre ellas, se incluye la facultad de emitir órdenes de cese de las prácticas ilícitas, y, si fuera necesario, imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los efectos de dichas prácticas; imponer multas a las personas físicas y jurídicas por conductas violatorias (descritas anteriormente en la parte 2.1.1); y en el caso de abuso de posición dominante, puede solicitar judicialmente la disolución o reestructuración de la empresa dominante; imponer multas de hasta ARS 1 millón [USD 333 000] por día por inobservancia de órdenes o por no efectuar en término la notificación de fusión; así como multas de hasta ARS 500 [USD 167] por día por obstrucción de una investigación.

3.2 *Recursos económicos y personales*

La siguiente tabla muestra el presupuesto, en pesos y dólares estadounidenses, y los años-persona utilizados por la CNDC en el período 2001-05.

Tabla 3. Recursos

	Presupuesto ARS	Presupuesto USD	Años-persona
2001	2 617 000	2 617 000	48
2002	2,497,202	713 572	41
2003	2 295 724	704 677	42
2004	2 161 697	745 412	48
2005	2 141 023	738 525	53

La pronunciada baja del monto en dólares estadounidenses en 2002 fue consecuencia del abandono del régimen de convertibilidad y la caída en el valor del peso. Los aumentos en dólares en los años subsiguientes reflejan un fortalecimiento del peso. De todos modos, los datos en pesos tienen mayor relevancia, dado que la mayor parte del presupuesto se destina a la contratación de servicios prestados localmente. Los datos en pesos son reveladores. Entre 2001 y 2005 hubo una baja absoluta del 18%. Un posible factor neutralizador, que no puede ser cuantificado, es el hecho de que ocasionalmente algunos de los gastos de la Comisión son absorbidos del presupuesto de la Secretaría. Pero además se registró una inflación acumulativa desde 2001 de alrededor del 70%, incluso a pesar de que el presupuesto estuviera disminuyendo en términos absolutos. En términos reales, la baja sólo puede describirse como punitiva.

Queda claro que la Comisión sufre una total falta de recursos económicos, lo cual impacta en su personal. Hacia principios de 2006, entre los cinco miembros de la Comisión se contaban tres profesionales en ciencias económicas y dos abogados. El personal profesional estaba comprendido por 22 profesionales en ciencias económicas y 11 abogados. Había ocho miembros del personal administrativo y tres asistentes no profesionales de dedicación semiexclusiva, lo cual da un total de 49 empleados. Existe, sin embargo, una división adicional del personal, entre aquellos que están contratados y que se desempeñan como parte del personal permanente. De año a año, hay un igual número de miembros del personal en cada una de esas condiciones. Los plazos contractuales suelen ser cortos, de 3 meses, aunque los contratos pueden ser renovados, que es lo que suele ocurrir. Los sueldos del personal contratado son generalmente más altos que los de los empleados, pero por otro lado los contratados no gozan de beneficios. En todo caso, los sueldos están congelados. La consecuencia es una alta rotación de personal, especialmente entre el personal contratado. Es muy común que los empleados dejen la Comisión para ocupar otros cargos

públicos, remunerados con sueldos más altos. En los últimos años, una gran cantidad de personas altamente calificadas dejaron la Comisión para dedicarse a puestos mejor remunerados en otros ámbitos, y ha resultado difícil reemplazarlos.

La situación de los miembros de la comisión no difiere demasiado. Sus sueldos han estado congelados desde 1992. Esto deriva en que una menor cantidad de personas calificadas se interese en aceptar un nombramiento en la Comisión.

Los bajos sueldos y la alta rotación de personal han incidido negativamente en el trabajo de la Comisión. En cualquier momento dado, la mayor parte del personal carece de experiencia. Esto tiene como consecuencia una falta de memoria institucional, lo que afecta la eficiencia, si no la esencia, del trabajo de la Comisión. A pesar de esto, la CNDC suele ser acreedora de comentarios favorables de los representantes del sector privado que tratan con ésta. Al personal se lo suele considerar como un grupo de profesionales diligentes, que actúan de manera profesional. Se considera que su trabajo redundante en resultados positivos. Por ejemplo, en función de los estándares argentinos, no se considera demasiado extenso el tiempo que lleva una revisión típica de fusión. Generalmente, la decisión de la Comisión respecto de una fusión no es la última en la serie de autorizaciones gubernamentales necesarias para dichas operaciones. En cuanto a su sustancia, la calidad de las decisiones de la Comisión, especialmente respecto de las fusiones, merece cierto respeto. Sin embargo, no cabe duda de que la Comisión se ve seriamente limitada por su presupuesto.

3.3 *Independencia: la CNDC y el Tribunal*

Como se aclaró anteriormente, la CNDC cuenta con cinco miembros, un presidente y cuatro vocales. Los cuatro vocales son nombrados por el Presidente de la Nación, y el ejercicio de sus funciones tiene una duración de cuatro años. Dos de ellos deben ser abogados y los otros dos, profesionales en ciencias económicas. Deben tener 30 años de edad como mínimo y cuatro años de ejercicio de la profesión. Sus cargos son relativamente seguros, y pueden ser destituidos sólo por desorden de conducta, comisión de delitos o actos similares. El cargo de presidente de la Comisión no tiene una duración específica, quedando ésta a discreción del presidente nacional. Típicamente, la elección de un nuevo Presidente de la Nación o el nombramiento de un nuevo Ministro de Economía implican la designación de un nuevo presidente de la Comisión. Se requiere una mayoría de 3 a 5 vocales a los efectos de adoptar de una decisión. La decisión de la Comisión, sin embargo, no tiene de por sí efecto legal alguno, y debe ser aprobada por la Secretaría de Coordinación Técnica.

Durante varios años tras la sanción de la ley de defensa de la competencia de 1980 creadora de la CNDC, la Comisión funcionó como parte de un ministerio del gobierno y tenía poca independencia. Esto cambió a mediados de la década de 1990, con el nombramiento de una serie de presidentes de la Comisión más activistas y calificados. En la última mitad de la década de los 90, la Comisión desempeñó un papel muy activo, contó en general con gran cantidad de personal y emitió varias decisiones importantes. Las crisis políticas y financieras que comenzaron en 2001 generaron, sin embargo, más cambios. La rápida rotación de presidentes nacionales y ministros de economía en los años 2001 y 2002 tuvo como consecuencia la designación de una serie de presidentes de la Comisión que duraron muy poco tiempo en sus cargos. La estabilidad volvió en la segunda mitad de 2002 con el nombramiento de un presidente de la Comisión que ocupó el puesto hasta enero de 2006.

El organigrama actual prácticamente garantiza que la CNDC estará sujeta a cierta influencia política. Existe la percepción, sin embargo, de que esta influencia se ejerce sobre la Comisión con mayor intensidad en la actualidad que a fines de los 90. Por supuesto, a lo largo del período, todas las decisiones de la Comisión debían ser aprobadas e implementadas por la Secretaría del Ministerio de Producción, o en los últimos años, del Ministerio de Economía y Producción. En la práctica, la Secretaría rara vez se aparta de la decisión de la Comisión, pero en casos de fusiones muy importantes pueden darse discusiones informales entre los dos organismos antes de que la Comisión adopte su decisión, a través de las cuales se llega a un consenso.

Quizás con igual importancia, el Ministerio y la Secretaría pueden desempeñar un papel activo en las decisiones de inicio de investigaciones. Esta práctica se ha vuelto más común en los últimos años, a medida que la batalla del gobierno contra la inflación se ha intensificado. Si el ministro observa lo que considera un aumento de precios injustificado en un sector, la Secretaría puede ordenarle a la Comisión que lleve a cabo una investigación y dé cuenta de sus hallazgos. Esta práctica estuvo vigente desde hace un tiempo, pero se ha vuelto más formal. En los años 2004 y 2005 se le ordenó a la Comisión que investigara los mercados de gas licuado de petróleo (GLP), barras de acero de construcción, urea granulada, seguros de riesgos del trabajo, plástico y contenedores de plástico, y más recientemente, el mercado mayorista de la carne. Estas investigaciones insumen algunos de los pocos recursos de la Comisión, aunque también es cierto que a veces generan casos. El caso YPF descrito anteriormente surgió de una investigación de toda la industria.

Por último, la CNDC depende del ministerio con respecto a su presupuesto, y tiene relativamente poca discrecionalidad sobre el destino de

las partidas presupuestarias. La mayoría de las decisiones al respecto deben contar con la aprobación del ministerio.

La ley de 1999 dispuso la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.⁴² El Tribunal se desenvolvería en el ámbito del Ministerio de Economía, pero tendría facultades independientes de adopción de decisiones y aplicación de las leyes. El Tribunal se autofinanciaría y tendría un presupuesto por separado. La ley permite al Tribunal “establecer la fijación de aranceles que deberán abonar los interesados por las actuaciones que inicien ante el mismo”.⁴³ El Tribunal estará integrado por siete miembros, y durarán seis años en el cargo. Al menos dos de los miembros deben ser abogados, y los otros dos, profesionales en ciencias económicas, y deben tener más de cinco años en el ejercicio de su profesión. Los miembros del Tribunal serán elegidos por concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado, el cual estará integrado por funcionarios de alta jerarquía de los ministerios del gobierno, de las dos cámaras legislativas nacionales, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas.

En el año 2001, se promulgaron dos decretos importantes que afectan a la nueva ley. Uno de ellos, mencionado anteriormente, creó un nuevo umbral relativo al tamaño de las operaciones a los efectos de las notificaciones de las fusiones.⁴⁴ El segundo fue más amplio, y creó, entre otras cosas, procedimientos nuevos para las investigaciones sobre conductas anticompetitivas y fusiones.⁴⁵ Una de sus disposiciones más importantes le asignó un nuevo papel a la Secretaría en los casos de conductas anticompetitivas del Tribunal. La Secretaría ya no sería la autoridad de aprobación, sino que el decreto le ha atribuido el carácter de parte en los casos del Tribunal: podrá realizar los trámites necesarios para iniciar un caso; tendrá facultades para reunir pruebas; y podrá apelar las decisiones del Tribunal.

Pero como se expuso anteriormente, el Tribunal nunca fue constituido. Las crisis económicas y políticas a principios de siglo se dieron justo después de la sanción de la ley de 1999. Hubo una sucesión de gobiernos durante este período, y la creación de un tribunal de defensa de la competencia autárquico se vio relegada por las prioridades más urgentes de manejar el *default* masivo de la deuda pública y el fin de la convertibilidad, enderezar la economía y abordar nuevamente el problema de la inflación. El status quo continuó hasta 2005, año en el que se verificó un esfuerzo tendiente a reimpulsar la conformación del Tribunal. Se envió al Congreso un proyecto de reforma de la ley de defensa de la competencia que hubiera llevado a la creación del Tribunal, pero que también le hubiera permitido al poder ejecutivo dejar sin efecto una decisión sobre fusiones del Tribunal en

cuestiones que afectan al interés nacional. A fines de 2005, la reforma estuvo a punto de ser sancionada, pero hubo falta de acuerdo en el Congreso respecto de como se podía apelar judicialmente una decisión del poder ejecutivo. Poco después, el Ministro de Economía renunció, y la iniciativa perdió impulso. Parece haber un sentimiento generalizado de que la creación de un Tribunal plenamente autárquico, como lo prevé la ley actual, es poco probable debido a razones políticas.

3.4 *Una cultura de libre competencia y acuerdos de precios*

Como en muchos países en los cuales la aplicación de las leyes de defensa de competencia es relativamente nueva, el desarrollo de una cultura de libre competencia ha sido lenta en Argentina, pero hay signos que indican que está ocurriendo. Existe una pequeña pero creciente comunidad jurídica antimonopolio/defensa de la competencia. Las cuestiones antimonopolio forman parte de las áreas de práctica de la mayoría de los grandes estudios jurídicos, producto de la creación del control de fusiones en la ley de 1999. Entre los miembros influyentes de este sector privado se incluyen los ex funcionarios de la CNDC. Uno de ellos inició un grupo de discusión llamado ForoCompetencia, cuyos miembros provienen de toda Latinoamérica y otros países.⁴⁶ El sitio en cuestión es un lugar en el cual se desarrollan discusiones activas sobre los temas de políticas de defensa de la competencia que afectan a la región. Localmente en Buenos Aires, un grupo de expertos en política de defensa de la competencia de sectores privados y públicos se reúnen informalmente de manera periódica a fin de discutir los desarrollos actuales en la materia. Estos expertos publican artículos y comentarios sobre las políticas de defensa de la competencia en revistas locales.

La CNDC contribuye a la cultura de defensa de la competencia, manteniendo un sitio internet que contiene información sobre el organismo y sus decisiones.⁴⁷ El sitio incluye información sobre el organismo, las leyes y reglamentaciones pertinentes, memorias y decisiones seleccionadas. Además, todas las decisiones de la Comisión están disponibles para su consulta pública en las oficinas de la CNDC. En septiembre de 2005, la CNDC patrocinó una conferencia sobre política de defensa de la competencia en Buenos Aires, que contó con la participación de ponentes argentinos y extranjeros.⁴⁸ La comunidad académica reconoce la disciplina de defensa de la competencia. Se dictan cursos sobre la materia en las facultades de derecho y de ciencias empresariales, pero todavía no es un área que los estudiantes eligen para especializarse.

De todos modos, el público en general no participa en esta modesta cultura de defensa de la competencia. Lo más probable es que se perciba que

la ley de defensa de la competencia y las autoridades en la materia sean armas para combatir la inflación. Asimismo, como se describió anteriormente en el punto 1.1., el gobierno introdujo recientemente una nueva herramienta en su batalla contra la inflación: los acuerdos con los actores del sector privado a través de los cuales se limita su capacidad para aumentar los precios. La CNDC no cumple ninguna función con relación a dichos acuerdos, pero la Secretaría de Coordinación Técnica tiene la tarea de vigilar los costos correspondientes. Los términos de los acuerdos permiten que las partes trasladen sus aumentos en los costos.

Desde que estos acuerdos se aplican únicamente a los aumentos de precios y no a sus disminuciones, y por lo tanto no sustituyen por completo a las fuerzas del mercado. Más allá de su valor como instrumentos en contra de la inflación, lo cierto es que no se condicen con una economía de mercado o con la aplicación de las leyes de defensa de la competencia. Podrían contribuir a los acuerdos informales de no bajar los precios, e inevitablemente complicarían los esfuerzos de la autoridad de defensa de la competencia de aplicar las disposiciones anticartel de la ley.

Por último, en algunos sectores no caracterizados por un monopolio natural, hay una regulación formal de precios. Un caso es el del gas licuado de petróleo. Si bien el gas sobra en Argentina, muchos residentes no tienen acceso a la red de distribución. Para ellos, una fuente importante de energía es el GLP, que es extraído del gas natural y de petróleo. Dado que este combustible es tan importante, su precio se regula conforme a la ley 26.020, sancionada en el año 2005, que le concedió a la Secretaría de Energía de la Nación la facultad de vigilancia regulatoria del GLP. La Secretaría tiene la facultad de delegar en el ente regulador del gas, el Enargas, las tareas técnicas relacionadas con esta regulación. Un segundo caso es el transporte aerocomercial, que se describirá más adelante en la parte 4.5. Las tarifas aéreas deben fijarse dentro de ciertas bandas (bastante anchas), establecidas por un ministerio del gobierno.

3.5 Recursos de apelación en casos de competencia

El Artículo 52 de la ley de defensa de la competencia establece que las resoluciones de la CNDC que ordenen la imposición de sanciones, dispongan medidas correctivas, rechacen una fusión y desestimen una denuncia, así como las sentencias interlocutorias, son apelables ante los tribunales federales. También es posible recurrir a otras apelaciones permitidas por el Código de Procesal Penal de la Nación. El presupuesto para este segundo tipo de apelación, es que la decisión de la CNDC debe haber causado un “gravamen irreparable”. La interposición del recurso de

apelación tiene efecto suspensivo del pago de toda multa que haya ordenado la Comisión, pero no suspende otras sanciones o medidas dispuestas por ésta. Existe un proceso sumario para las apelaciones interpuestas contra una sentencia interlocutoria.

En virtud de la Constitución Nacional, todos los tribunales de apelación federales son competentes en casos de competencia. A veces, las apelaciones tramitan ante los tribunales que tienen sede en las provincias fuera de la ciudad de Buenos Aires (el controvertido caso de la fusión de los supermercados detallado anteriormente se originó en un tribunal federal de la Provincia de Mendoza). Sin embargo, la mayoría de los casos relativos a cuestiones de competencia son apelados ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Éste es un tribunal cuasi especializado, cuya competencia se indica en su nombre. Hasta el día de la fecha, este tribunal ha entendido aproximadamente en 100 apelaciones en temas de competencia de los dos tipos descritos anteriormente. Las causas menos complejas habitualmente son resueltas dentro de los dos o tres meses; pero los casos más complejos demoran más tiempo⁴⁹. Sin embargo, los jueces del Tribunal de lo Civil y Comercial no se consideran especialistas en temas de competencia, dado que su colección de casos es mucho más amplia. La mayoría de las causas en las que entienden provienen de tribunales de primera instancia; los casos de competencia, por el contrario, se originan en la CNDC. Los jueces del tribunal expresan respeto por la CNDC y tienen interés en ampliar su exposición a la legislación y política en materia de defensa de la competencia.

Las resoluciones emanadas de las cámaras de apelaciones pueden ser apeladas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los requisitos para habilitar la competencia apelada de la Corte Suprema son estrictos. Sólo unos pocos casos en materia de competencia han sido apelados ante el más alto tribunal. Dos de ellos fueron el caso de la posición dominante de YPF y el caso de la fusión Ambev/Quilmes mencionados anteriormente. La trayectoria de la CNDC en los tribunales ha sido en general buena. Se han revocado relativamente pocos casos en base a los fundamentos de derecho. Si bien, lo más frecuente es que los tribunales, sobre todo los regionales, hayan reducido las penalizaciones que ha impuesto la Comisión.

Argentina no cuenta con un sistema jurídico basado en el Common Law. Las decisiones judiciales no tienen el mismo efecto vinculante como precedente tal como sucede en los países que tienen el sistema del Derecho Anglosajón. No obstante, una sentencia emanada de un tribunal superior, especialmente de la Corte Suprema, puede tener efectos prácticos en otros casos. Recientemente, los tribunales han considerado dos cuestiones que pueden llegar a tener importancia en casos de fusión: la capacidad de terceros de intervenir en los casos que tramitan ante la CNDC

(Ambev/Quilmes), y la capacidad de la CNDC de resolver casos en virtud de la ley de 1999 sin que se haya constituido el Tribunal (supermercados). En este contexto la CNDC entiende que una decisión determinada en un caso no se aplica a otros. Esta postura se aplica al caso supermercados y continúa resolviendo casos como lo hace habitualmente.

3.6 Exenciones y exclusiones y actos de los gobiernos provinciales

No existen exenciones o exclusiones explícitas de la ley de defensa de la competencia para la realización de actividades comerciales de ningún tipo. El Artículo 3 de la ley dispone:

Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

El Artículo 59 de la ley es aún más explícito en materia de competencia exclusiva:

Queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales.

No existe exención o norma especial alguna que resulte de aplicación a las pequeñas y medianas empresas.

Por supuesto, algunos sectores, especialmente aquellos en los que existen monopolios naturales, están sujetos a varias formas de regulación e inevitablemente en estos casos se produce algún tipo de adaptación entre la ley de defensa de la competencia y el ámbito regulatorio, pero estos sectores también están sujetos a la ley de defensa de la competencia. Más abajo se analiza el punto de contacto entre las cuestiones de competencia y las cuestiones regulatorias. Pero además, es evidente que otras acciones privadas permitidas o exigidas por el gobierno también pueden escapar al ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia. El ejemplo más obvio de esto es la reciente ronda de acuerdos de precios, que si no fuera por la participación del gobierno violaría claramente la ley de defensa de la competencia.

Como se observara anteriormente, Argentina tiene un sistema de gobierno republicano y federal. Sus 23 gobiernos provinciales tienen un alto grado de autonomía sobre algunos aspectos del gobierno.⁵⁰ El Artículo 121

de la Constitución Nacional, según el texto adoptado en el año 1994, establece: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. En consecuencia, no hay leyes provinciales de defensa de la competencia ya que se trata de una facultad delegada por la Provincias a la Nación. En este sentido, el artículo 42 de la Constitución dispone que el Gobierno Nacional dictará las leyes que garanticen el derecho a los mercados libres, sin dejar lugar a la coexistencia de legislaciones provinciales que regulen en materia de competencia. Los gobiernos provinciales y municipales también están sujetos a la ley de defensa de la competencia en la medida en que lleven adelante actividades comerciales.⁵¹ Sin embargo, estos gobiernos habitualmente no participan en actividades comerciales, y no se han iniciado causas contra organismos provinciales en virtud de las leyes actuales.

Las provincias aún conservan autoridad regulatoria en algunos sectores. Tienen facultades regulatorias respecto del transporte local, el agua y otros recursos naturales, entre otros. También ejercen facultades de regulación respecto de la profesiones, y, como resultado, hubo poca competencia en estos campos: los gobiernos provinciales o bien impusieron o bien aceptaron acuerdos horizontales entre profesionales. No obstante, a partir de principios de la década de 1990, el gobierno nacional comenzó a celebrar acuerdos con los gobiernos provinciales denominados "Pactos Fiscales" mediante los cuales las provincias acordaban renunciar a la regulación de las actividades profesionales. Las profesiones afectadas incluyeron arquitectos, ingenieros, agrimensores, escribanos, veterinarios, sociólogos, abogados, contadores, bioquímicos, geólogos, corredores de bolsa, mercados bursátiles y rematadores (los trabajadores del área de la salud aparentemente nunca formaron parte de este esquema regulatorio). En los casos en los que se aplican estos acuerdos, las profesiones se encuentran sujetas a la ley de defensa de la competencia. Sin embargo, no todas las provincias celebraron estos acuerdos. Para fines de la década de los 90, 15 de las 23 provincias los habían celebrado.

3.7 Aspectos internacionales de la aplicación de la ley de defensa de la competencia

El Artículo 3 de la ley de defensa de la competencia citado anteriormente aplica la tradicional “prueba de los efectos” para las conductas que se producen en el exterior: la conducta que afecte a los mercados argentinos está sujeta a la ley. En la mayoría de los otros aspectos, las entidades extranjeras no reciben un tratamiento diferente del recibido por las entidades nacionales en virtud de la ley de defensa a la competencia. El análisis de la competencia conforme a la ley tiene en cuenta plenamente el

impacto de las importaciones. El derecho argentino reconoce que determinadas actividades económicas son de especial importancia para los intereses nacionales del país. Una ley dispone:

La política del Estado nacional preservará especialmente:

- a) El patrimonio antropológico, histórico, artístico y cultural;
- b) Las empresas dedicadas a la ciencia, tecnología e investigación avanzada que resulten fundamentales para el desarrollo del país;
- c) Actividades e industrias de relevante importancia para la defensa nacional;
- d) El espectro radioeléctrico y los medios de comunicación.

La misma ley limita la propiedad de los medios de comunicación por parte de empresas extranjeras a un máximo del 30% del capital accionario que otorgue derecho a voto, con la excepción de que dicho porcentaje podrá ser ampliado, en condiciones de reciprocidad, respecto de empresas que provienen de países que permiten inversiones extranjeras en sus medios de comunicación en un porcentaje más alto.⁵²

En el año 2003 Argentina y Brasil celebraron un acuerdo de cooperación que dispone los medios habituales de cooperación respecto del cumplimiento de las cuestiones de defensa de la competencia, incluidas notificaciones, transferencia de información sujeta a requisitos de confidencialidad, respeto mutuo y consultas. Éste es el único acuerdo de cooperación bilateral del que Argentina es parte en la actualidad. Ha habido poca cooperación formal entre los organismos argentinos y brasileños en virtud del acuerdo, pero los dos países ocasionalmente cooperan de manera informal en cuestiones específicas mediante comunicaciones por correo electrónico o bien telefónicas.

Argentina es miembro del Mercosur, un mercado común que comprende a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En el año 1996, los miembros firmaron un acuerdo ambicioso en materia de política de defensa de la competencia, conocido popularmente como el Protocolo de Fortaleza. Creaba un órgano supranacional, el Comité de Defensa de la Competencia, que tendría facultades para exigir el cumplimiento en cuestiones que fueran remitidas a él por los órganos de competencia nacionales de los países miembros. En 2002 y 2003 las partes acordaron una reglamentación complementaria del Protocolo y un acuerdo de cooperación. No obstante, el Protocolo no se encuentra vigente. Sólo fue ratificado por Brasil y Paraguay, y no parece existir un gran impulso para ratificarlo en Argentina y Uruguay.

La CNDC tiene un papel activo, en la medida en que lo permiten sus recursos, en varios foros internacionales sobre política de defensa de la competencia. Ellos incluyen la OCDE, el Foro Latinoamericano de Competencia de la OCDE y el BID, la ICN, la UNCTAD, el ALCA y el Foro Iberoamericano sobre Libre Competencia. En el sitio de la CNDC se puede encontrar una descripción de estas actividades.

4. Política de defensa de la competencia en los sectores regulados⁵³

Hasta principios de la década de 1990, la mayoría de los activos de las industrias de infraestructura de Argentina estaban en manos del estado. No obstante, en el año 1989, se inició un ambicioso programa de privatizaciones. Los activos de diversos sectores fueron reorganizados en unidades de negocios viables y luego se vendieron. Para el año 1994, se había realizado la mayoría de las privatizaciones. Algunos de los compradores, especialmente en el sector de electricidad y comunicaciones, eran en su mayor parte entidades extranjeras. Se constituyeron entes reguladores para los diferentes sectores. Los regímenes regulatorios del gas natural y la electricidad fueron establecidos por ley, mientras que los otros se crearon por decreto. Algunos de ellos se describen en mayor detalle a continuación.

En los años inmediatamente posteriores al proceso de privatización hubo poca interacción entre los entes reguladores de los distintos sectores y la CNDC; y esta última rara vez intervenía en esos sectores en virtud de la ley de defensa a la competencia que se encontraba en vigencia en ese momento. Dicha situación cambió con la ley de 1999. Como se señaló anteriormente, esta ley explícitamente dispuso que todos los sectores estaban comprendidos dentro de su alcance. El Artículo 16 es una disposición especial que se aplica a las fusiones en sectores regulados. En el supuesto de que se proponga dicha fusión, la CNDC

... deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo.

La Comisión luego procede a examinar la fusión a la luz de la ley de defensa de la competencia. En la mayoría de los sectores regulados el ente regulador también tiene la facultad de denegar una propuesta de fusión fundándose en razones distintas de la cuestión de la libre competencia. Si bien la cooperación entre la CNDC y los entes reguladores sectoriales parece funcionar bien en el caso de fusiones,⁵⁴ ha habido menos interacción entre los organismos en casos de conductas anticompetitivas. El sector

regulado en el cual la Comisión ha tenido un papel más activo en los casos de conducta anticompetitiva en años recientes ha sido el sector de las telecomunicaciones, y una gran parte de esta actividad se ha producido en el ámbito de la televisión por cable, como se indicó anteriormente.

Como en casi todos los aspectos de la economía argentina, la crisis financiera del período 2001-2002 tuvo un impacto significativo en los sectores de infraestructura. Los contratos de privatización y acuerdos de concesión con los inversores privados en estos sectores habían sido negociados en dólares durante el período de la convertibilidad. En el mes de enero de 2002, se puso fin a la convertibilidad a través de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561 y el valor del peso cayó hasta alcanzar una relación de 1 dólar = 3,9 pesos. La misma ley dispuso que los contratos de servicios públicos se pesificarían a partir de ese momento a una relación de 1 a 1 entre el peso y el dólar. La ley también autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos de servicios públicos, teniendo en cuenta factores tales como la competitividad de la economía, la calidad del servicio, los intereses de los usuarios y de los prestadores y la seguridad de los sistemas.

El resultado fue un congelamiento de las tarifas contempladas en estos contratos a los niveles previos al año 2002. Se mantienen en dichos niveles para los clientes residenciales e individuales; se han otorgado algunos incrementos en las tarifas para las empresas y los usuarios industriales. En el año 2003, se estableció por decreto un organismo nuevo que asumiría la responsabilidad de la renegociación de los contratos, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN). Se han renegociado algunos acuerdos, pero muchos aún permanecen sin resolver. Varios inversores internacionales iniciaron causas ante foros de resolución de conflictos internacionales, como por ejemplo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Algunas de estas causas han sido resueltas como resultado de las negociaciones contractuales, pero otras aún se encuentran abiertas. En algunos casos, los inversores internacionales, por ejemplo Electricité de France y Endesa (España) en el sector eléctrico, han sido reemplazados por compañías argentinas. Una consecuencia de estas medidas extraordinarias que limitaron los incrementos de tarifas ha sido desalentar la inversión en estos sectores, en los cuales ahora se necesitan inversiones seriamente.

A continuación se describen brevemente la estructura y los regímenes regulatorios de algunos sectores de infraestructura.

4.1 *Electricidad*

La generación de energía eléctrica en Argentina está dividida casi en partes iguales entre generación hidroeléctrica y térmica (gas natural), con un pequeño componente nuclear. Argentina siguió a Chile y fue uno de los primeros países que privatizaron este sector. La Ley de Energía Eléctrica de 1992 privatizó las tres principales compañías públicas de electricidad, que habían sido integradas verticalmente en tres sectores diferenciados: generación, transporte y distribución. La generación es un ámbito competitivo con aproximadamente 70 compañías generadoras que se encuentran operando actualmente. El transporte y la distribución son monopolios privados regulados (en algunas pocas provincias los distribuidores todavía son estatales). La Ley creó un ente regulador independiente para el sector, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y un mercado mayorista administrado por un operador independiente. La integración vertical de la industria está muy restringida. Las tres empresas de transporte no pueden adquirir o vender energía eléctrica. Los generadores y distribuidores no pueden ser titulares de participaciones mayoritarias en las empresas de transporte. También existen limitaciones en cuanto a la integración horizontal en la generación y distribución.

4.2 *Gas natural*⁵

Argentina cuenta con significativas reservas de gas natural. Al igual que en el sector eléctrico, este sector fue privatizado en el año 1992 por ley. El anterior monopolio estatal de transporte y distribución fue dividido en dos compañías de transporte de alta presión, una que opera en el norte del país y la otra en el sur, y ocho empresas de distribución. Desde ese momento se ha sumado un noveno distribuidor. El precio del gas en boca de pozo fue desregulado, se constituyó un nuevo ente regulador, el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), y se le otorgó competencia sobre las tarifas de transporte y distribución. Como en el caso de la electricidad, estas tarifas se regularon por medio de precios tope hasta la intervención gubernamental de 2002, según se había descrito anteriormente.

La ex-compañía estatal de producción de petróleo y gas, YPF, fue privatizada y se eliminaron sus derechos exclusivos de exploración y producción. Asimismo, se exigió que YPF vendiera aproximadamente un tercio de sus reservas de petróleo y gas. Actualmente controla aproximadamente el 50% de la producción de gas natural. Existen muchos productores pequeños.

4.3 Telecomunicaciones

En 1990, el monopolio estatal de comunicaciones, Entel, fue privatizado y sufrió un proceso de reorganización a partir del cual se constituyeron dos sociedades: Telecom Argentina, que brindaba servicios de telefonía fija local en la parte norte del país y Telefónica de Argentina que prestaba servicios en el sur. Se creó una tercera compañía, Telintar, un *joint venture* de Telecom y Telefónica, para brindar el servicio de telefonía de larga distancia. También se creó por decreto un ente regulador del sector, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Inicialmente, el duopolio operaría en forma exclusiva durante cinco años, período que luego se extendió a ocho, y en el año 1998 se introdujo un período de transición de dos años.

En el año 2000 todos los sectores de telecomunicaciones fueron liberalizados. Las tarifas del bucle local continúan reguladas aunque se liberarán los precios cuando exista “competencia efectiva” en un área de servicios. Competencia efectiva se define como la situación en la cual el operador principal tiene ingresos que son inferiores al 80% del total. En el año 1994, se designó un operador único para brindar servicios de telefonía móvil, pero en 1996 se liberalizó ese mercado. Para el año 2004, había cuatro empresas que competían en el sector de la telefonía móvil y muchas otras brindaban servicio de larga distancia y transmisión de datos. En forma más reciente, se han producido algunas fusiones en telefonía móvil y transmisión de datos (ver la reseña sobre la fusión Telefónica/Bell South).

4.4 Sector bancario

El sector bancario sufrió tremendamente durante la crisis del período 2001-2002. Una corrida bancaria a fines de 2001 llevó al gobierno a imponer una serie de medidas que restringían las extracciones y transferencias bancarias al exterior. El conjunto de esas medidas se denominó “corralito”. Dichas medidas realmente paralizaron el sistema. Luego del final de la convertibilidad, el gobierno estableció un tipo de cambio “oficial” temporal de 1 peso = 1,40 dólar. No obstante, a los préstamos bancarios se asignó un tipo más bajo: 1 a 1. Esta medida tuvo como consecuencia que muchos bancos se tornaron técnicamente insolventes, dado que sus activos (préstamos) estaban valuados a un tipo de cambio más bajo que sus pasivos (depósitos). Muchos bancos extranjeros, que hasta la crisis habían estado entre los más grandes del país, abandonaron la plaza.

Como el resto de la economía, el sector bancario vio una rápida recuperación después de 2002. Hoy existen aproximadamente 70 bancos que

operan en el país. Los dos más grandes representan aproximadamente el 35% del total de depósitos y los ocho más grandes representan aproximadamente el 74%. El sector está privatizado en forma parcial. Hay 11 bancos estatales, la mayoría de los cuales está en manos de los gobiernos provinciales o municipales. Los dos bancos más grandes, el Banco de la Nación Argentina y el Banco de la Provincia de Buenos Aires son bancos de propiedad de la Nación y la provincia de Buenos Aires respectivamente. Los bancos extranjeros han retornado a Argentina. En la actualidad hay 16 que operan en el país, pero no se encuentran entre los más grandes.

La CNDC ha intervenido en unos pocos casos o investigaciones en el sector bancario; examinó algunas fusiones en otras partes del sector financiero. En los últimos años, ninguno de los casos relacionados con el sector financiero tuvo como resultado la imposición de sanciones. Hay poca interacción entre la Comisión y el Banco Central (una situación que no es exclusiva de Argentina), que es el que ejerce una supervisión estricta en la industria sobre cuestiones “prudenciales”.

4.5 *Líneas aéreas y aeropuertos*

La línea aérea estatal, Aerolíneas Argentinas, fue privatizada en el año 1989 y en el año 1992 la aviación civil fue desregulada, aunque en la práctica no se introdujo competencia hasta el año 1994 con la autorización que se otorgara a otras dos nuevas líneas aéreas para comenzar a operar. Aerolíneas Argentinas continuó siendo la línea aérea de cabotaje dominante hasta la crisis del período 2001-2002, en donde casi tuvo que presentar la quiebra. Sobrevivió a la crisis, no obstante, y hoy es nuevamente el operador dominante de Argentina en vuelos de cabotaje. Su principal rival en cabotaje es LAN Argentina, subsidiaria de LAN Chile. Hay algunos otros operadores pequeños que tienen a su cargo rutas internas. Aerolíneas Argentinas y varias líneas aéreas internacionales prestan servicios internacionales desde Buenos Aires.

Sin embargo, los precios de los pasajes aéreos para vuelos de cabotaje sufrieron una re-regulación en el año 2002. Actualmente, la Secretaría de Transporte que depende del Ministerio de Economía y Producción establece bandas de precios, en las cuales los precios máximos alcanzan aproximadamente el 190% de los precios mínimos, y los operadores deben fijar sus precios dentro de estas bandas. Es posible obtener algún otro descuento a partir de los precios mínimos.

En 1997 se creó el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) para desempeñarse como ente regulador de los aeropuertos. Existe un sistema nacional de 54 aeropuertos y aeródromos en

Argentina. Treinta y tres son operados en virtud de una concesión, y los restantes son operados directamente por el ORSNA. El ORSNA supervisa a los concesionarios, y es responsable, junto con la Fuerza Aérea Argentina de la operación, mantenimiento y seguridad de los aeropuertos.

4.6 Puertos

El sistema de puertos de Argentina también sufrió una reestructuración a principios de la década de los 90. Los puertos fueron transferidos a las provincias que podían optar por operarlos u otorgarlos en concesión. El Puerto de Buenos Aires es claramente el más grande de Argentina, representando más del 90% del tráfico de contenedores en el país. Buenos Aires fue dividida en dos puertos: Dock Sud, que fue transferido a la provincia de Buenos Aires y Puerto Nuevo que permaneció siendo propiedad del gobierno nacional. Había seis terminales en Puerto Nuevo, y se licitó la concesión de éstas. Inicialmente, un concesionario sólo podía operar una terminal en Puerto Nuevo, pero esa restricción ha sido levantada. Aún así, esta reorganización tuvo el efecto saludable de introducir competencia entre los puertos, y, en el caso de Buenos Aires, la competencia se da dentro del mismo puerto.

La CNDC ha considerado dos fusiones en este sector. En el año 2001 examinó la fusión vertical en la cual Maersk Sea Land, una importante compañía de transporte marítimo propuso adquirir la concesión de una de las terminales de Puerto Nuevo.⁵⁶ El posible efecto anticompetitivo implicaría un obstáculo para el ejercicio de un derecho; Maersk podría haber podido excluir a sus competidores navieros del acceso al importante puerto de Buenos Aires. No obstante, la Comisión concluyó que su participación en el mercado no era suficiente para producir esa consecuencia. Su terminal tenía solamente el 8% de la capacidad total de Puerto Nuevo, y también debería enfrentarse a la competencia de Dock Sud, que también estaba en el área Buenos Aires.

En el año 2003 la CNDC se enfrentó con una operación horizontal más difícil, en la cual el operador de las terminales 1 y 2 de Puerto Nuevo propuso adquirir el operador de la terminal 3.⁵⁷ Los índices HHI en los mercados de servicios pertinentes (manejo de contenedores y capacidad operativa) alcanzaron 2.572 y 2.128, respectivamente y la fusión los incrementaría en 490 y 312. La Comisión determinó que la fusión no tendría efectos anticompetitivos significativos, sin embargo, por las siguientes razones: la terminal 3 no era una instalación tan atractiva como la de algunos de sus competidores incluyendo las terminales 1, 2, y 5; Dock Sud y otro puerto operaban en las cercanías; algunos de los restantes competidores tenían una cantidad significativa de capacidad excedente que podía utilizarse

para disciplinar un intento unilateral de incremento de precios por parte de la empresa fusionada; los transportistas no expresaron preocupación alguna por la fusión; y continuaba habiendo algo de regulación de precios de conformidad con las medidas de emergencia que se implementaron con posterioridad a la crisis de 2001-2002. Asimismo, había también argumentos plausibles de eficiencias que provocaría la fusión.

5. Promoción de la competencia

El Artículo 24 de la ley de defensa de la competencia autoriza a la autoridad en materia de competencia a realizar actividades de promoción de la libre competencia. Puede: “Promover el estudio y la investigación en materia de competencia”; “emitir [su] opinión en materia de competencia ... respecto de leyes, reglamentos ... y actos administrativos”; y “emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados”. Los recursos limitados de la CNDC y sus responsabilidades de control de fusiones, especialmente en años recientes, le impiden realizar actividades de promoción y difusión de la competencia en sectores regulados en forma permanente. Por supuesto, cuando realiza uno de sus estudios de toda la industria, su informe y recomendaciones son efectivamente una forma de hacer promoción de la competencia. Además, oportunamente ha realizado aportes importantes en las decisiones adoptadas por los entes reguladores u otros organismos gubernamentales. Dos de estos aportes incluyeron el mercado de combustibles para automóviles que se describe en el recuadro que se encuentra a continuación.

6. Conclusiones y recomendaciones

La política de defensa de la competencia en Argentina tiene cimientos excelentes: la ley de defensa de la competencia de 1999. La ley articula las normas correctas en las tres áreas de fondo para asegurar el cumplimiento de la libre competencia: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y fusiones. Crea una autoridad de aplicación profesional e independiente y le otorga las herramientas legales y administrativas que necesita para la tarea. La política de defensa de la competencia se ha visto beneficiada por otra ventaja fundamental a través de los años: el personal profesional, competente y dedicado de la CNDC. Pero la política de competencia no ha adquirido el lugar adecuado en la economía argentina. Existen muchas razones que lo explican; una razón no menor ha sido la inestable experiencia política y económica del país en las últimas décadas.

Recuadro 4. Promoción de la competencia

Venta minorista de petróleo

YPF fue privatizada en el año 1991. En ese momento tenía una participación dominante de la capacidad de refinamiento de petróleo crudo: 63%. Shell y Esso en forma conjunta controlaban el 32% y el remanente se encontraba en manos de empresas pequeñas. Para el año 2000, el mercado estaba un poco menos concentrado, con cuatro empresas que controlaban aproximadamente el 85% de la capacidad. YPF (para ese entonces, Repsol YPF) era aún la más grande, con aproximadamente un 50% de participación. Shell, Esso y una empresa independiente (más adelante adquirida por Petrobrás, la gran empresa petrolera brasileña) eran los otros actores significativos. No obstante, para el año 2000, era evidente que los precios minoristas de nafta en Argentina no reaccionaban a las fuerzas de los mercados mundiales en la medida en que se esperaba que sucediera en un mercado competitivo. Había habido investigaciones de una posible actividad de cartelización entre los productores argentinos, pero dicha investigación no produjo la suficiente prueba en tal sentido.

En el año 2000, la CNDC emprendió un amplio estudio del mercado. Se concentró en las relaciones verticales entre las refinerías y los minoristas. Si bien la mayoría de los minoristas de nafta estaban en manos y eran operados en forma independiente, eran partes de contratos de suministro de larga duración: más de 11 años en la mayoría de los casos, lo cual en los hechos los integraba con su proveedor. Dada la obvia importancia de una red minorista en esta industria, esta integración constituía una barrera de acceso. La recomendación de la CNDC al Secretario de Energía, emitida a través de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, fue limitar la duración de los nuevos contratos de suministro a cinco años. Dado que la reacción de los productores a esta limitación hubiera sido integrar verticalmente y adquirir la propiedad de los puntos de venta minoristas, la Comisión también recomendó que se limitara a los productores a ser titulares del 40% de su red minorista. Estas recomendaciones fueron implementadas mediante un decreto presidencial.⁵⁸

Gas Natural Comprimido

Una recomendación más reciente de la CNDC en el sector de combustibles para automóviles, emitida en el año 2004, se relacionó con la venta de gas natural comprimido (GNC) para ser utilizado en automóviles. El uso de gas natural para tal fin es común en Argentina, dada la significativa producción de gas de dicho país. Mientras el precio del gas para usos residenciales permanece sujeto a regulación, en el año 2004, el precio del gas para transporte fue desregulado por decreto. Un decreto también exigió a los vendedores minoristas de GNC que contrataran su abastecimiento directamente con los productores de gas.

En un informe elevado al Enargas, el ente regulador del gas, la CNDC (a través de la Secretaría) observó que dos productores de gas, YPF y Petrobrás, también operaban un número significativo de puntos de venta minorista de GNC. Juntas, estas dos empresas controlaban aproximadamente el 40% de la producción de gas natural en el país y un porcentaje igual de ventas minoristas por volumen de GNC. El informe resaltó la posibilidad de que estas empresas integradas verticalmente emprendieran diversas prácticas anticompetitivas, que podían incluir la discriminación de precios o servicios contra minoristas no integrados, la negativa a abastecer a minoristas independientes y la imposición de precios mínimos de reventa, limitando la competencia intra-marca. El informe de la CNDC no contenía recomendaciones específicas, dado que los decretos efectivamente crearon una nueva estructura de mercado para el GNC automotriz, pero señaló la importancia de hacer un seguimiento estricto de la situación con miras a prevenir posibles efectos anticompetitivos provenientes de la integración vertical.⁵⁹

Las siguientes recomendaciones abordan varias de las cuestiones resaltadas en las secciones anteriores. Se reconoce que algunas de ellas, incluidas las más importantes, no pueden ser implementadas por el organismo encargado de la defensa de la competencia por sí solo. Estas acciones requieren la acción conjunta de otros sectores del gobierno, tanto del poder ejecutivo como del legislativo. Por ende, existe un componente político necesario para el fortalecimiento de la política de defensa de la competencia en Argentina.

6.1 Crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia

- Si resulta necesario modificar la ley para darle al poder ejecutivo facultades para revocar una decisión del Tribunal en casos de fusión, dicha facultad debe limitarse en cuanto a su alcance a las cuestiones de “interés público prevaleciente” u otra expresión en tal sentido.

Resulta anómalo que casi siete años después de la promulgación de la ley de defensa de la competencia, el organismo que ésta creó no haya sido establecido aún. La conformación de dicho organismo abordaría dos problemas fundamentales que enfrenta la CNDC actualmente: un presupuesto insuficiente e independencia insuficiente. El Artículo 17 de la ley dispone que el Tribunal será un “organismo autárquico”. El Artículo 25 establece que el Tribunal elevará anualmente el proyecto de presupuesto “al Poder Ejecutivo Nacional” y que puede establecer “la fijación de aranceles que deberán abonar los interesados por las actuaciones que inicien ante el mismo”. Es de suponer que ellos incluyen los cargos por notificación de

fusiones, una práctica utilizada en muchos países. Por supuesto, en la medida en que los aranceles no cubran los gastos, el Tribunal dependerá del Poder Ejecutivo Nacional y, en última instancia, del Congreso para obtener su financiamiento. Aún así, tendría su presupuesto propio y separado y la facultad para decidir de qué manera asignarlo.

La creación del Tribunal mejoraría significativamente la independencia del organismo de defensa de la competencia. Sus miembros serían designados por concurso de antecedentes por un jurado cuasi-independiente y por un período fijo de ejercicio del cargo. Tendría facultades para emitir decisiones ejecutables, revisables sólo por los tribunales judiciales. No obstante, los expertos afirman que es políticamente imposible conferir a este organismo el grado de independencia que dispone la ley actualmente. Ese fue el motivo de la propuesta de reforma de la ley de 2005, según se explicara anteriormente, que hubiera devuelto al gobierno algunas facultades de contralor en casos de fusión. Las leyes de defensa de la competencia en otros países establecen que dichas facultades competen al poder ejecutivo, pero la mejor práctica en ese sentido es seriamente restringirlas a cuestiones de “interés público prevaleciente” u otra frase en tal sentido. Idealmente, este poder de veto se utiliza rara vez.⁶⁰

6.2 *Aumentar el presupuesto del organismo de defensa de la competencia*

- Dar al organismo, ya sea el Tribunal o la CNDC, más poder sobre cómo emplear su presupuesto

124. En la sección 3.2 se describieron los serios problemas presupuestarios a los que se enfrenta la CNDC. Que se trate bien de la CNDC bien del Tribunal de Defensa de la Competencia, el organismo en cuestión necesitará más dinero para atraer y conservar profesionales calificados a nivel de personal y de vocales. Como mínimo, parecería que el presupuesto del organismo debería retornar en términos reales a los niveles de 2001. Asimismo, el actual sistema de emplear hasta la mitad del personal de la CNDC mediante un contrato a corto plazo también contribuye a que haya un gran recambio de personal en el organismo. Un presupuesto mayor se supone que permitiría al organismo convertir algunos de esos puestos a personal de planta. No obstante, se alega con frecuencia que las normas del empleo público en Argentina son demasiado rígidas y no brindan los incentivos adecuados para lograr un buen desempeño. Si éste es un problema, tal vez la solución resida en la creación del Tribunal. Como organismo independiente puede tener el poder de estructurar sus normas laborales de manera más eficiente.

Anteriormente se observa que la CNDC tiene escaso poder para tomar decisiones sobre cómo emplear su presupuesto. Por supuesto, es necesaria cierta supervisión, pero parece que actualmente, la CNDC tiene una escasa competencia en ese sentido, lo que puede estar perjudicando la labor de aplicación.

6.3 Fortalecer el despliegue de actividad anticartel

- Hacer que la lucha anticartel tenga máxima prioridad dentro del organismo.
- En casos exitosos contra carteles nocivos, explícitamente ilícitos, aumentar las multas que se imponen y comenzar a aplicar sanciones también a las personas físicas.
- Aumentar el tope máximo legal de las multas por violaciones en caso de conductas anticompetitivas.
- Establecer un programa de indulgencia.
- Considerar un uso sensato de las investigaciones proactivas, especialmente en el área de adquisiciones públicas.

En los últimos años, la OCDE ha instado a los organismos que promueven la libre competencia en todas partes a que otorguen máxima prioridad a las actividades anticartel.⁶¹ Esto parece adquirir relevancia fundamental en Argentina en donde hay varios casos de los que se tiene conocimiento de la actividad de carteles. La lucha anticartel implica un esfuerzo en varias direcciones. Exige la asignación de recursos suficientes a la tarea: la imposición de multas más costosas tanto a las organizaciones como a las personas físicas, lo cual constituye un elemento de disuasión para la actividad de carteles en el futuro y un incentivo para cooperar con las investigaciones del organismo, y, a la vez, la creación de un programa de indulgencia que ofrece el levantamiento de sanciones para el primer participante acusado de la práctica colusoria que ofrezca su cooperación. En este sentido, parece que las multas máximas por conductas ilícitas en virtud de la ley de defensa de la competencia han quedado demasiado bajas, aunque el máximo actual todavía no ha sido impuesto en ningún caso. Aumentar el máximo, por supuesto, exige medidas legislativas. Una forma de asegurar que las multas no queden erosionadas por acción de la inflación es indexarlas a esta última.

Las investigaciones proactivas, a lo ancho de toda la industria a veces desembocan en casos de carteles -ello fue así en el caso del oxígeno- pero también consumen importantes recursos durante un prolongado período de

tiempo, a la vez que no dan como resultado ningún enjuiciamiento. Estas investigaciones deben emprenderse con cautela. Un sector que es probable que sea productivo, no obstante, -como ha sucedido en muchos países- es el sector de adquisiciones públicas. El organismo debe considerar iniciar de oficio investigaciones de posibles concertaciones de ofertas y fijación de precios en la adquisición y contratación gubernamentales.

Llevar adelante más casos exitosos como los del cemento y el oxígeno acarrearía beneficios significativos al organismo de protección de la competencia, probablemente en mayor medida que cualquier otra medida de aplicación de la ley que el organismo pudiera emprender; mejoraría la reputación del organismo dentro del gobierno y con el público en general y contribuiría al desarrollo de una cultura de la competencia en el país, ayudando al público a comprender la forma en que se beneficia de una aplicación estricta y competente de las normas de competencia.

6.4 *Aumentar la eficiencia en las investigaciones de conductas anticompetitivas*

- Considerar maneras de procesar sumariamente las denuncias privadas que claramente no describen posibles violaciones de la ley de competencia.
- En otros casos en donde finalmente no se imponen sanciones, considerar maneras de acortar el tiempo y reducir los recursos requeridos para llegar a la decisión de la Comisión y la recomendación a la Secretaría.

El análisis efectuado en la sección 2.1.4 del presente señala una persistente acumulación de investigaciones de conductas anticompetitivas. Mucho de este trabajo atrasado se debe a la posibilidad de que los particulares inicien y participen en las investigaciones que lleva adelante el organismo de libre competencia, según lo establece la ley. Las leyes de muchos países prevén de alguna manera las denuncias privadas y existen razones políticas por las cuales resulta de utilidad contar con una disposición de tal índole en Argentina. Sin embargo, muchas de estas denuncias inevitablemente resultan no creíbles o no describen una posible violación de la ley. La Comisión puede determinar que una denuncia no es relevante o que resulta insuficiente en otros sentidos y desestimarla. Durante un período de tres años, el 44% de todas las resoluciones de la Comisión en casos de conducta anticompetitiva fueron de este tipo. Pero en muchos otros casos no se llegó a ninguna resolución; la acumulación de casos se incrementaba año a año. La Comisión debe encontrar la manera de dar tratamiento en forma más eficiente a las muchas denuncias que recibe, la mayoría de las cuales resultan infundadas.

Los procedimientos aplicables en la mayoría de los casos en los que la Comisión decide llevar adelante una investigación también pueden ser engorrosos. Una vez más, la gran mayoría de estos casos termina en una resolución que determina que no se había producido violación alguna a la ley. Debe ser posible que la Comisión realice indagaciones informales al comienzo de una investigación, y, en los casos en que resulte claro que no hubo infracción, pueda dar por finalizada la investigación. Aquí por supuesto, nos encontramos con necesidades de transparencia y justicia. Tal es el equilibrio que debe alcanzar la Comisión, pero puede ser que actualmente exista mucha inflexibilidad en los procedimientos pertinentes.⁶²

6.5 *Aumentar la eficiencia en el control de fusiones*

- Considerar aumentar los umbrales para la notificación.
- Intentar acortar el tiempo requerido para aprobar las fusiones “sencillas” a menos del promedio actual de 3 a 4 meses.
- Continuar oponiéndose dinámicamente al derecho de terceros de apelar las decisiones relativas a fusiones del organismo de defensa de la competencia.

El decreto del año 2001 que creó un umbral determinado por el "tamaño de la operación" tuvo un efecto claramente beneficioso sobre la cantidad de casos que debe tratar la Comisión. Hasta ese momento la Comisión tenía que examinar demasiadas fusiones intrascendentes, que demandaban muchos de sus recursos. Sin embargo, en años recientes, la cantidad de fusiones notificadas aumentó nuevamente. Excede al alcance de este informe determinar si los umbrales actuales son nuevamente demasiado bajos, pero tal vez ese sea el caso. Como se estableció anteriormente, ha habido niveles significativos de inflación desde el año 2001, que tuvieron la consecuencia práctica de disminuir los umbrales. La Comisión debería analizar el efecto de los umbrales de hoy en día y si decide que son demasiado bajos, deberá recomendar que sean aumentados por ley o decreto.

Como se señaló en la sección 3.2, el sector privado en Argentina generalmente no tiene una actitud crítica de la CNDC por la cantidad de tiempo que le lleva controlar las fusiones. Pero es un hecho que la Comisión demora más que los organismos de muchos otros países en examinar y aprobar las fusiones “sencillas”; aquellas en las que puede determinarse en una instancia temprana que no presentan problemas desde el punto de vista de la competencia. El Comité de Competencia Económica de la OCDE ha realizado un estudio de los períodos de examen de fusiones en los países de esta organización y concluyó que en la mayoría de dichos países, las

fusiones no problemáticas son aprobadas en 30 a 45 días calendario, y a veces menos.⁶³ La Red de Competencia Internacional, en sus Prácticas Recomendadas para los Procedimientos de Notificación de Fusiones (*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*), recomienda que el examen de las fusiones sea llevado a cabo en dos etapas y que la duración de la primera fase, en la cual se aprueban las fusiones no problemáticas, no debería prolongarse más de seis semanas calendario.⁶⁴ Independientemente de la opinión que le merezca al sector privado la eficiencia de la Comisión a la hora de examinar las fusiones, acortar el tiempo que le lleva la revisión de los casos sencillos tendrá el efecto saludable de liberar algunos de los escasos recursos de la Comisión para poder destinarlos a tareas más importantes, como por ejemplo la actividad anticartel.

Con este objetivo en mente, la Comisión debe repasar todos sus procedimientos de control de fusiones. Si las partes de la fusión completan el Formulario 1 de notificación inicial, no sería necesario que la Comisión exigiera con tanta frecuencia como lo hace que la información consignada sea complementada, lo cual tiene el efecto de suspender el plazo interno de 15 días para finalizar con la fase I. Además, puede haber otras maneras de hacer más eficiente la forma en que se presentan las aprobaciones recomendadas a la Comisión y luego a la Secretaría.⁶⁵

La posibilidad de que los particulares apelen las decisiones en cuestiones de fusiones emanadas de la Comisión es también una cuestión importante. Tales apelaciones son perturbadoras, tal como muestran los casos de cerveza y supermercados, y consumen el tiempo y los recursos de la Comisión. Si bien la ley de defensa de la competencia autoriza a un denunciante en un caso de conducta a apelar una desestimación de la denuncia por parte de la Comisión, no otorga ese derecho en forma específica en casos de fusión. La Comisión tiene el derecho de oponerse a dichas apelaciones en los tribunales y debe continuar haciéndolo.

6.6 *Repasar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen*

- Si se decide no convertir el procedimiento en un proceso estricto de notificación previa a la fusión, que exige que la parte espere durante el tiempo que demore el examen del organismo, considerar la creación de procedimientos que permitirían que el organismo de la competencia, en los casos que corresponda, solicite una orden que prohíba la consumación de la fusión mientras se encuentra pendiente la revisión.

Otra posibilidad es ordenar a las partes de una fusión que ya ha sido llevada a cabo que “mantengan separadas” sus operaciones para permitir una desinversión significativa de operaciones y bienes, si ello es requerido.

El hecho de que en Argentina las partes de una fusión puedan consumar su transacción antes de que el organismo finalice su control puede alterar significativamente la capacidad del organismo de lograr un remedio eficaz en caso de que se trate de una operación anticompetitiva. En algunos casos, los efectos anticompetitivos de una fusión pueden mitigarse mediante una desinversión de activos; pero en otros casos, únicamente resulta suficiente impedir la operación en su totalidad. Si la fusión ya fue consumada, esta última opción no es posible. Ni los funcionarios de competencia en Argentina ni el sector privado parecen sostener que la actual incapacidad del organismo de impedir la consumación antes de la decisión de éste es un problema significativo. A veces las partes posponen la consumación en forma voluntaria si piensan que es posible que se les deniegue la fusión. En un caso en donde la Comisión desaprobó la fusión que había sido consumada se produjo desacuerdo respecto de si la operación debía ser revocada, pero finalmente se decidió por llevar a cabo una desinversión satisfactoria.

De todos modos, ha habido unos pocos casos en donde finalmente se desaprobó la fusión. En otros pocos casos, donde se ordenó una desinversión parcial, hubo desacuerdo respecto de si la medida era suficiente. En igualdad de condiciones, es preferible que el organismo tenga la capacidad de impedir la consumación antes de tomar su decisión. Una forma de lograrlo, por supuesto, es imponer un estricto régimen de notificación previa a la fusión: las partes no pueden llevar adelante la operación por un plazo especificado después de la notificación.⁶⁶ Sin embargo, la notificación previa a la fusión tiene costos propios, y en el clima actual de Argentina parece dudoso suponer que la comunidad empresarial del país respaldaría un cambio de esta índole. Como mínimo, el organismo de defensa de la competencia tendría que acortar drásticamente el tiempo que demora en examinar las fusiones en un régimen de notificación previa a la fusión.⁶⁷

Una segunda forma de impedir la consumación en casos específicos es dar al organismo de competencia la facultad suficiente como para solicitar una orden a tal efecto, si tiene suficientes sospechas de que la transacción tendrá efectos anti competitivos. La Comisión tiene facultades para emitir medidas preliminares en casos de conducta anticompetitiva, pero aparentemente no en casos de fusión. Dado que a menudo el tiempo es esencial en las fusiones, y porque una orden preliminar que impida la consumación puede tener el efecto práctico de impedir la fusión en forma

permanente, la opinión dominante en diversos países sostiene que se debe exigir al órgano de competencia que cumpla con una estricta carga para demostrar que la fusión podría ser anticompetitiva. Una forma de asegurarse de esto es exigir al organismo de competencia que solicite tal orden a un tribunal. Una alternativa a tal "medida preliminar", o tal vez un complemento para ella, es la facultad de ordenar a las partes que "mantengan separadas" sus operaciones luego de la consumación hasta tanto el organismo tome su decisión, a fin de hacer que la disolución o la desinversión sean más factibles.⁶⁸

6.7 *Hasta que se cree el Tribunal de Defensa de la Competencia, liberar a la CNDC de la mayor cantidad de influencia política posible*

Desde que la CNDC adquirió un papel más activo en 1996, ha disfrutado de períodos en que estuvo relativamente libre de interferencia política. Parece que en el período actual está más sujeta a interferencia de esta índole, tal vez porque se ha sumado a la lucha del gobierno contra la inflación. Manteniendo los precios en niveles competitivos, la aplicación efectiva de la ley de defensa de la competencia puede constituirse en una fuerza contra la inflación, pero otros factores macroeconómicos tienen casi mayor importancia en este sentido. En todo caso, si la Comisión va a ser una aliada contra la inflación, debe permitírsele libertad en la aplicación de la ley de defensa de la competencia. En la medida en que sus escasos recursos hayan sido desviados a otras causas, sus responsabilidades de aplicación de la ley de defensa de la competencia languidecerán. La ley de 1999 articula una clara política a favor de la independencia del órgano de aplicación. Hasta tanto se implemente plenamente esa ley parecería que debe respetarse su espíritu preservando la independencia de la CNDC en la mayor medida posible.

6.8 *Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de libre competencia en Argentina*

La CNDC ha implementado varios programas útiles para el desarrollo de la cultura de la libre competencia en Argentina, según fueron descritos en la sección 3.5. Debería continuar con dichos esfuerzos e iniciar otros, en la medida en que lo permitan sus recursos. Estas iniciativas podrían incluir conferencias o seminarios en forma regular o periódica abiertos al público sobre política de competencia, como por ejemplo un "día de la libre competencia" anual, donde haya oradores de las áreas de competencia a nivel nacional e internacional. Los participantes podrían provenir tanto del sector público como del sector privado e incluir especialmente a los

miembros del Congreso. Desarrollar una buena relación con los medios de comunicación es fundamental en este esfuerzo. Cada una de las decisiones importantes de la Comisión debe ser acompañada de un comunicado de prensa, y, en el caso de las decisiones más importantes, debe organizarse una conferencia de prensa. La Comisión podría publicar panfletos para el público en general donde se describan sus funciones, la importancia que implica para los consumidores contar con una política efectiva de libre competencia, y cómo ponerse en contacto con la Comisión para brindar información. El sitio de internet de la CNDC podría ampliarse⁶⁹ a fin de incluir más de la misma información de interés para el público en general y más decisiones de la Comisión. Pero si bien todas estas medidas son útiles e importantes, la aplicación efectiva de la ley, incluida la iniciación de casos de beneficio demostrable para los consumidores, es la forma más eficaz de todas para desarrollar una cultura nacional de la libre competencia.

6.9 *Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen de las apelaciones en casos de defensa de la competencia*

El órgano de defensa de la competencia es afortunado dado que muchas de las apelaciones de sus casos se interponen ante un tribunal cuasi-especializado en Buenos Aires, aunque, por supuesto, pueden presentarse recursos de apelación ante los tribunales federales de otras partes del país. De alguna manera, los casos de defensa de la competencia son únicos entre los casos civiles y la Comisión puede realizar un aporte para la comprensión por parte de los jueces de las cuestiones especiales que se presentan en estos casos mediante el patrocinio de seminarios para jueces sobre estos tópicos y mediante la inclusión de los jueces en eventos públicos que patrocine la Comisión. Todos esos eventos deben respetar la ética legal pertinente, por supuesto.

6.10 *Ampliar la función de la autoridad de defensa de la competencia en los sectores regulados*

- Considerar las oportunidades de casos de conducta en dichos sectores y, en coherencia con su limitado presupuesto, de una mayor defensa de la competencia,
- Desarrollar relaciones de cooperación con los entes reguladores de los distintos sectores.

La ley otorga al órgano de aplicación mayor competencia sobre los sectores regulados que la que existe en muchos países. No hay exenciones específicas; el órgano de defensa de la competencia debe aprobar todas las fusiones de esos sectores, con la consulta del ente regulador correspondiente. La cooperación inter-organismo parece funcionar en el caso de fusiones, pero hay relativamente poca interacción en cuestiones de conducta anticompetitiva. Parecería que los sectores regulados pueden constituir fuentes fecundas para importantes casos de posición dominante y posiblemente también para casos de colusión. Iniciar casos de conducta anticompetitiva en estos sectores, no obstante, casi con seguridad requiere desarrollar una íntima relación de trabajo con los reguladores, que tienen experiencia crítica en la industria.

Notas

1. Entre las fuentes que sirvieron como base de esta breve descripción de la economía e historia argentina, se incluye: IADB (2006), *Economic Situation and Prospects – Argentina*; Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (And Out): Wall Street, the IMF and the Bankrupting of Argentina* (PublicAffairs 2005); Departamento de Estado de los Estados Unidos, Dirección de Asuntos del Hemisferio Occidental, *Background Note: Argentina* (2005).
2. La ley es de raigambre constitucional. El artículo 42 de la constitución argentina, adoptada en 1994, afirma el derecho a la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. . .”.
3. Se dice que un importante impulso de la nueva ley fue la adquisición en 1999 por oferta pública de la petrolera YPF, que era una empresa estatal, por parte de la española Repsol.
4. Ver en general, Peña, Julián, *La defensa de la Competencia en la Argentina*, 17 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2003).
5. Resolución 164/2001.
6. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. [YPF] s/ ley 22262-Comisión Nacional de Defensa de la Competencia-Secretaría de Comercio e Industria, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2002.
7. La CNDC – y la mayoría de los organismos de defensa de la competencia – actúan de inmediato para paliar las conductas o fusiones que perjudican la competencia en mercados de insumos, sin que sea necesario demostrar que en definitiva el perjuicio lo sufren los consumidores.
8. A principios del 2006, se introdujo en el Congreso un proyecto de modificación de la ley de defensa de la competencia que cambiaría el estándar legal al de “daño al interés económico de las empresas de la competencia o de los consumidores”. El proyecto, en el cual la CNDC no participó, produjo olas de críticas dentro de la comunidad de la competencia en Argentina y en otros países de Latinoamérica. No se sabe si hay posibilidades de que el proyecto se convierta en ley.

9. Para una descripción más detallada de estos casos, ver el informe del 2002 de la CNDC al Comité de la Competencia, disponible en el sitio de internet de la OECD, www.oecd.org/competition.
10. Disponible en el sitio de internet de la CNDC <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>.
11. Uno de los otros dos casos sobre carteles en los cuales se aplicaron sanciones – el caso del gas licuado de petróleo en Bariloche – también llevó cinco años. El caso de las areneras en Paraná llevó dos.
12. Capítulo VII, artículo 46.
13. Aparentemente, el caso de las areneras en Paraná consistió en un cartel ingenuo.
14. Impsat, S.A., denunciante; Telefonica de Argentina S.A., Telecom Argentina Stet. France Telecom S.A., Startel S.A., Advance Communications S.A., and Telecom Soluciones S.A., denunciados, resuelto el 20 de febrero del 2004.
15. Impsat utilizó primariamente su propia red satelital, por lo tanto, no se planteó una cuestión de acceso en el caso.
16. Para una descripción más completa de algunos de estos casos de televisión por cable, ver el informe del 2002 de la CNDC al Comité de Competencia de la OCDE, *supra* n. 9.
17. Denunciados: Tele Red Imagen S.A. (TRISA), Televisión Satelital Codificada S.A. (TSCSA), Video Cable Comunicación S.A. (VCC), Multicanal S.A. y Cablevisión TCI S.A., resuelto el 12 de agosto de 2001.
18. Para una descripción más detallada y análisis de este caso, ver D'Amore, Marcelo R., *Fijacion Vertical de Precios en el Futbol Codificado: El Caso TRISA-TSCSA*, 19 Boletin Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
19. Ver, p. ej., Grosman, Lucas y Serebrisky, Tomás, *El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*, 16 Boletin Latinoamericano de Competencia 15, (2003).
20. Hubo algunas denuncias de fijación de precios explotativos, en su mayoría del sector de la televisión por cable, que fueron rechazadas por la CNDC.
21. YPF S.A., resuelto el 22 de marzo de 1999, confirmado por la Corte Suprema, , ver n. 6, *supra*.
22. En 1999, fue adquirida por la española Repsol, aunque la conducta objeto de este caso ocurrió con anterioridad a dicha adquisición.

23. *Supra*, n. 6.
24. Artículo 42. Del texto de este artículo surge, sin embargo, que se permite una intervención más amplia. El problema fue evidente en los casos de fusión, como se describe en la sección de fusiones más adelante.
25. Las fusiones eran objeto de las disposiciones sobre conductas anticompetitivas de la ley anterior, pero sólo unas pocas fueron efectivamente revisadas por la Comisión en virtud de esa ley.
26. Ver en general, Den Toom, Marcelo A., *The Application of ICN's Recommended Procedures for Merger Notification Procedures in Argentina: What Should be Changed to Achieve Full Consistency?*, 18 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
27. La ley de 1999 presentaba un segundo umbral: el volumen total mundial de las partes que supere los 2.500 000 000 pesos [USD 833 000 000]. Se eliminó este umbral por decreto en el 2001.
28. Decreto N° 396/2001, 5 de abril de 2001. El derecho argentino permite que el Presidente modifique las leyes por medio de “decretos de necesidad y urgencia”. El decreto debe contar con la aprobación final del Congreso, pero puede aplicarse de inmediato.
29. Decreto 89/2001. Para más información, ver el *Formulario sobre Procedimientos de Notificación de Fusiones de la Argentina*, desarrollado junto con la International Competition Network y disponible en el sitio de internet de la CNDC: http://www.mecon.gov.ar/cndc/argentina_icn_merger_template.pdf. Ver también *Getting the Deal Through: Merger Control/Argentina*, disponible en <http://www.gettingthedealthrough.com/>.
30. Argentina aparentemente evitó el problema que se desarrolló en Brasil, país vecino, que tiene un régimen de notificaciones similar. En ese país, dado el riesgo de que se consume una operación antes de que se pudiera tomar una decisión final respecto de su licitud, la autoridad de defensa de la competencia interpretó de manera agresiva que la disposición de la ley de defensa de la competencia relativa a la fecha de inicio del período de notificación asegura que las notificaciones sean efectuadas con la mayor antelación posible en el marco del proceso. Esto tuvo como consecuencia una gran cantidad de casos por los cuales se exigían la imposición de multas debido al incumplimiento de los períodos correspondientes de notificación, lo cual insumió la mayor parte de los escasos recursos del organismo. (el problema se ha diluido en los últimos años. Ver, OECD, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, 2005, disponible en el sitio de internet de la OCDE www.oecd.org/competition.) Aparentemente, la CNDC no tuvo una experiencia similar. En el período

2001-05 inició solamente cinco casos de esas características, los cuales derivaron en multas que ascendieron a un total de USD 214 000.

31. Dictamen N° 323 del 15 de julio de 2002; LAPA SA, LAPA Estudiantil SA, Fexis SA, AA2000 SA, Ecdadassa.
32. Algunos sectores criticaron la decisión de la Secretaría en el sentido de que constituye una interferencia política injustificada en la aplicación de la ley de defensa de la competencia. Ver Serebrisky, Tomás, *Market Power: Airports*. Nota Nro. 259, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network, marzo de 2003.
33. Guía para la notificación de operaciones de concentración económica, Resolución 40/2001.
34. Resolución 164/2001.
35. Dictamen N° 417, del 22 de diciembre de 2004; Bellsouth Corporation y Telefónica Móviles S.A..
36. Dictamen N° 395, 10 de septiembre de 2004; Grupo Bimbo Sociedad Anónima de Capital Variable S.A.- Compañía de Alimentos Fargo S.A..
37. La misma Ambev fue consecuencia de una fusión de igual envergadura y polémica en Brasil. Ver OCDE, *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, octubre de 2000, vol. 2, N° 3, en 204-05.
38. El fallo de la Corte Suprema no explicitó los fundamentos en que se basaba.
39. Dictamen N° 226, 9 de marzo de 2001; Correo Argentino S.A. (CASA) y Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina (OCA).
40. Ver, Peña, *El peligro de la "judicialización" del control de fusiones*, El Cronista, 29 de marzo 2005.
41. El artículo 58 de la ley de 1999 avala la postura que afirma que la CNDC puede actuar en los casos hasta tanto se constituya el Tribunal. Establece lo siguiente:

Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Constituido el Tribunal las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas.

La ley no especifica, sin embargo, si la CNDC tendrá plena independencia o si seguirá teniendo facultades consultivas únicamente.

42. Capítulo IV, artículos 17-23.
43. Artículo 25. Como se aclaró anteriormente, la CNDC no impone cargos por notificación de fusiones u otros cargos de esa índole.
44. Decreto 396/2001, *supra*, n. 28.
45. Decreto 89/2001, *supra*, n. 29.
46. Se puede acceder a éste en la página <http://groups.yahoo.com/group/ForoCompetencia>. El grupo consta de más de 400 miembros, que también mantiene un sitio de internet: <http://www.forocompetencia.com>.
47. En www.mecon.gov.ar/cndc/home.
48. El orden del día y las ponencias elaboradas para la conferencia están disponibles en el sitio de internet de la CNDC.
49. Uno de los ejemplos más destacados fue el caso de Ambev/Quilmes, descrito anteriormente. Durante tres años, mientras el caso (resuelto finalmente a favor de la Comisión) estuvo en proceso de litigio, las desinversiones ordenadas por la Comisión no se llevaron a cabo, a pesar de que la fusión se había consumado.
50. Las provincias han llegado incluso a emitir su propia moneda; la práctica se generalizó durante la crisis del año 2001, cuando las provincias emitieron “cuasi-monedas” en forma de títulos para pagar obligaciones del sector público.
51. Artículo 3.
52. Artículos 1 y 2 de la Ley No. 25.750. Estas restricciones sobre la propiedad extranjera de los medios de comunicación no se aplican en forma retroactiva a la fecha de promulgación de la ley.
53. Ver, en general, IADB (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jaques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
54. La fusión entre Telefónica y Bellsouth, que se analizó anteriormente, fue un caso en donde hubo gran cooperación entre la CNDC y el ente regulador de telecomunicaciones.
55. Ver, en general, IADB (2001), Bondorevsky, Diego; Petrecola, Diego, *The Structure of Natural Gas Markets in Argentina and Antitrust Issues in Regional Energy Integration*.
56. Resolución Nro. 225, 7 de marzo de 2001, Maersk Argentina Holdings, Terminal 4 S.A. y Terminal Emcym S.A.

57. Resolución Nro. 364, 17 de octubre de 2003, Terminales Río de la Plata, S.A. y Terminales Portuarias Argentinas S.A. Para un análisis más completo de este caso, ver Trujillo, Lourdes y Serebrisky, Tomás, *Market Power: Ports*, Nota Nro. 260, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network, marzo de 2003.
58. Decreto 1060/00. Para un análisis más completo de este estudio e informe, ver Serebrisky, Tomás, *The Role of Advocacy in Competition Policy: The Case of the Argentine Gasoline Market*, The World Bank, Policy Research Working Paper 3130, septiembre de 2003.
59. En otro informe, la CNDC recomendó al Ministerio de Economía determinados cambios en la forma en que la ciudad de San Carlos de Bariloche administraba los subsidios que le otorgaba a sus residentes para la compra de gas licuado de petróleo.
60. La ley de competencia alemana tiene una disposición de tal índole, pero fue utilizada por las autoridades alemanas sólo unas pocas veces en los últimos años. Ver, OCDE, *The Role of Competition Policy in Regulatory Reform: Regulatory Reform in Germany*, 2004.
61. La OCDE ha publicado una Recomendación del Consejo y tres informes abarcativos de actividades anticartel. Todos ellos se encuentran disponibles en el sitio de internet de la OCDE, *supra*, n. 9.
62. Este proceso puede complicarse por el hecho de que un particular que efectúa una denuncia tiene derecho a interponer un recurso de apelación ante la justicia respecto de una decisión emanada del órgano de defensa de la competencia que desestimó la denuncia (Artículo 52, inciso d). De hecho, ha habido muy pocas apelaciones de este tipo, de manera que el peso que recae directamente sobre la Comisión por este motivo ha sido mínimo. Aún así, un efecto indirecto podría ser que la Comisión sea más cauta en la revisión de estas denuncias de lo que sería habitualmente, ocasionando demoras y consumiendo recursos. Si esto es un problema o si se convierte en un problema, parecería que el único curso de acción para la Comisión es impulsar ante los tribunales (o mediante reforma legislativa) una norma que trate con deferencia a la decisión del órgano de desestimar una denuncia o que no exija justificación innecesaria por parte del órgano de sus decisiones en tales casos.
63. Ver OCDE, *Merger Control Laws and Procedures in Latin America and the Caribbean*, párrafos. 50-51, un trabajo presentado en el Foro Latinoamericano de Competencia 2005, disponible en el sitio de internet de la OCDE, *supra*, n. 9.
64. Recomendación IV.B, disponible en el sitio de internet de la ICN en la siguiente dirección: www.internationalcompetitionnetwork.org.

65. Una vez más aquí, la creación del Tribunal acarrearía mejoras automáticamente; eliminaría el último paso del proceso actual: la aprobación por parte de la Secretaría.
66. Brasil se ha visto enfrentado con el mismo problema. La solución que decidió la autoridad que vela por la libre competencia fue recomendar un cambio en la ley sobre notificaciones previas a la fusión. La ley, no obstante, no ha sido reformada aún. Mientras tanto, la autoridad ha incrementado la eficiencia del proceso a través de la implementación de cambios internos. Ver Revisión de Pares de Brasil, *supra*, n..30
67. Para consultar un análisis de los diferentes regímenes de notificación y sus ventajas y desventajas, ver el trabajo citado en la nota 63, *supra*. En este sentido, hay un error en el párrafo 24 del trabajo, en el cual se establece que en Argentina la ley exige que se suspenda la consumación al momento de la notificación formal. Esto no es así.
68. Impedir que las partes consumen su fusión antes de que finalice el examen de la Comisión tiene un beneficio secundario además de preservar la opción del órgano de control de prohibir la transacción en su totalidad: crea un incentivo para que las partes aceleren la revisión, lo cual tiene como resultado una mayor cooperación con el órgano.
69. Argentina tiene más usuarios de Internet per cápita que cualquier otro país de Sudamérica.

Referencias

- Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (And Out): Wall Street, the IMF and the Bankrupting of Argentina*, (PublicAffairs 2005).
- D'Amore, Marcelo R., *Fijación Vertical de Precios en el Fútbol Codificado: El Caso TRISA-TSCSA*, 19 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
- Den Toom, Marcelo A., *The Application of ICN's Recommended Procedures for Merger Notification Procedures in Argentina: What Should be Changed to Achieve Full Consistency?*, 18 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2004).
- European Commission, *Boletín Latinoamericano de Competencia*.
- Grosman, Lucas y Serebrisky, Tomás, *El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*, 16 Boletín Latinoamericano de Competencia 15, (2003).
- Law Business Research, Ltd. (2006), *Getting the Deal Through: Mergers and Acquisitions*.
- IADB (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jaques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
- IADB (2006), *Economic Situation and Prospects – Argentina*.
- IADB (2001), Bondorevsky, Diego, Petrecolla, Diego, *The Structure of Natural Gas Markets in Argentina and Antitrust Issues in Regional Energy Integration*.
- OECD (2005a), *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*.
- OECD (2005b), *Leyes y procedimientos sobre control de fusiones en América Latina y el Caribe*
- OECD (2005c), *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation*.

- OECD (2004), *Argentina: Institutional Challenges in Promoting Competition*, Second Annual Meeting of the Latin American Competition Forum.
- OECD (2003), *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*.
- OECD (2000a), *Hard Core Cartels*.
- OECD (2000b), *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, Journal of Competition Law and Policy, vol. 2, No. 3, pp. 204-05.
- OECD (1998), *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*.
- Peña, Julián, *La defensa de la Competencia en la Argentina*, 17 Boletín Latinoamericano de Competencia, 3 (2003).
- Serebrisky, Tomás, *Market Power: Airports*, Nota Nro. 259, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network (2003).
- Serebrisky, Tomás, *The Role of Advocacy in Competition Policy: The Case of the Argentine Gasoline Market*, The World Bank, Policy Research Working Paper 3130 (2003).
- Trujillo, Lourdes y Serebrisky, Tomás, *Market Power: Ports*, Nota Nro. 260, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network (2003).
- United States Department of State, Bureau of Western Hemisphere Affairs, *Background Note: Argentina* (2005).

Recursos de internet

- Boletín Latinoamericano de Competencia:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others>
- CNDC: www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm
- ForoCompetencia: <http://www.forocompetencia.com>
- Global Competition Review: www.globalcompetitionreview.com
- International Competition Network:
www.internationalcompetitionnetwork.org
- OECD: www.oecd.org/competition

PUBLICACIONES DE LA OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16

IMPRESO EN FRANCIA