
Legislación

Defensa de la competencia en la Argentina: lineamientos para una reforma de las políticas y prácticas vigentes

*Hugo Nochteff**
*Hernán Soltz***

Tanto en el nivel teórico como empírico existe consenso acerca de la necesidad de una legislación en materia de defensa de la competencia que sea aplicada en forma eficaz. Desde el punto de vista teórico se trata de recrear condiciones que tiendan a asemejarse a mercados de competencia, actuando sobre los agentes económicos con el objetivo de evitar conductas anticompetitivas (acuerdos de precios, prácticas exclusorias, reparto de mercado, precios predatorios, etc.) y/o limitar la conformación de estructuras de mercado oligopólicas o monopólicas mediante fusiones y adquisiciones que puedan restringir o distorsionar la competencia.

El proceso de privatizaciones de empresas públicas y desregulación de los mercados fue mucho más agudo en el caso argentino, encarándose de una manera más acelerada y masiva que en otros países (exceptuando las ex economías de planificación centralizada). Por otra parte se dieron procesos acelerados de concentración vertical, horizontal y de conglomerado (centralización del capital) en varios mercados, fundamentalmente mediante la adquisición de empresas locales por parte de empresas transnacionales. Entre 1992 y 2000 se concretaron cerca de 1.000 operaciones de fusiones y adquisiciones en la Argentina.

Este artículo pretende esbozar algunos lineamientos con el fin de contribuir al diseño de una propuesta de reforma de la legislación en materia de defensa de la competencia así como también de las prácticas y desempeño de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Así, en las siguientes secciones y párrafos de este documento se formularán y fundamentarán propuestas en ese sentido.

* Investigador del CONICET en el Área de Economía y Tecnología de FLACSO. Sede Argentina.

** Investigador Adjunto del Área de Relaciones Internacionales de FLACSO. Sede Argentina. Los autores agradecen los comentarios de Américo García y Martín Schorr. El texto es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Introducción

Tanto en el nivel teórico como empírico existe consenso acerca de la necesidad de una legislación en materia de defensa de la competencia que sea aplicada en forma eficaz. Desde el punto de vista teórico se trata de recrear condiciones que tiendan a asemejarse a mercados de competencia, actuando sobre los agentes económicos con el objetivo de evitar conductas anticompetitivas (acuerdos de precios, prácticas exclusorias, reparto de mercado, precios predatorios, etc.) y/o limitar la conformación de estructuras de mercado oligopólicas o monopólicas mediante fusiones y adquisiciones que puedan restringir o distorsionar la competencia¹.

En el nivel empírico se observa que todos los países desarrollados y la mayor parte de los de desarrollo intermedio tienen sistemas que -con distinto grado de eficacia- procuran garantizar la defensa de la competencia. En las últimas dos décadas se dio en el mundo un proceso bastante generalizado de desregulación económica y privatización de empresas públicas, lo que a su vez planteó la necesidad de crear o mejorar legislaciones y procedimientos an-

timonopólicos. En efecto, entre 1980 y 1999 se dictaron o reformaron legislaciones de esta naturaleza en 40 países, y se están debatiendo legislaciones en unos 20 más, mientras que entre 1969 y 1979 sólo 4 países se habían incorporado a los que ya tenían normas *antitrust*.

El proceso de privatizaciones de empresas públicas y desregulación de los mercados fue mucho más agudo en el caso argentino, encarándose de una manera más acelerada y masiva que en otros países (exceptuando las ex economías de planificación centralizada). Por otra parte se dieron procesos acelerados de concentración vertical, horizontal y de conglomerado (centralización del capital) en varios mercados, fundamentalmente mediante la adquisición de empresas locales por parte de empresas transnacionales. Entre 1992 y 2000 se concretaron cerca de 1.000 operaciones de fusiones y adquisiciones en la Argentina².

En la literatura se destaca como indicador *proxy* que las 500 empresas de mayor facturación aumentaron en forma sistemática y significativamente su participación en el total de ventas, observándo-

¹ En la literatura *antitrust* suele distinguirse entre tres tipos de fusiones y adquisiciones: las horizontales (en las cuales las empresas involucradas en la operación son competidoras en el mismo mercado), las verticales (cuando las firmas involucradas se vinculan por relaciones "proveedor-cliente") y las de conglomerado (cuando las firmas involucradas no tienen relaciones tecnoproductivas ni comerciales significativas entre sí).

² Para más detalle, véase Kulfas (2001).

se un desempeño económico que les permitió aislarse del ciclo económico (Basualdo, 2000). En 1999 el valor agregado bruto de las 500 empresas más grandes del país explicó el 26.3% del producto bruto total de las ramas de actividad donde se desempeñan en tanto que en 1993 representaba el 24.4 por ciento.

En un nivel más desagregado se observa que particularmente en la industria manufacturera es donde se verificó el mayor incremento de la concentración económica³. En el sector de minas y canteras sobresale lo ocurrido con las operaciones de compra del grupo español Repsol (Astra, Pluspetrol y luego YPF) que le permitió en muchos casos controlar los distintos segmentos del mercado energético local⁴. En el caso del mercado "ampliado" de las telecomunicaciones se verificó un fuerte proceso de compra-venta de empresas que conllevó un significativo incremento en el grado de concentración en todos los subsectores (telefonía básica, TV por cable, transmisión de datos, etc.)⁵. En el sector del comercio minorista también se registraron varias operaciones de concentración económica desplazando a los pequeños y

medianos comercios⁶.

El proceso de concentración económica también afectó a los sectores financiero y agropecuario. En el primer caso se destaca que la cantidad de entidades financieras se redujo en forma significativa entre 1993 y 2000 (de 147 a 113), con una creciente proporción de los depósitos y préstamos en manos de las primeras diez entidades del sistema⁷. Investigaciones realizadas sobre el sector agropecuario indican que en los últimos años se acentuó la tendencia a la concentración de la propiedad de la tierra en la región pampeana lo que se refleja en un incremento de las superficies que pertenecen a los grandes terratenientes que operan a través de grupos de sociedades (Basualdo, 1998)⁸. Dicha tendencia se observaba también en los resultados preliminares del último Censo Nacional Agropecuario.

En tal contexto, este artículo pretende esbozar algunos lineamientos con el fin de contribuir al diseño de una propuesta de reforma de la legislación en materia de defensa de la competencia así como también de las prácticas y desempeño de la Comisión Nacional de

³ Véase Azpiazu (1998).

⁴ Un análisis más exhaustivo al respecto puede encontrarse en Ortiz y Schorr (2002).

⁵ Abeles, Forcinito y Schorr (2001).

⁶ Ciccolella (2001).

⁷ Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires (2000).

⁸ En general esto ocurre también en los sectores agrarios extrapampeanos -incluidas las respectivas cadenas de distribución-. Dos ejemplos son el sector vitivinícola mendocino y el frutícola del Valle del Río Negro (Rofman, 2002).

Defensa de la Competencia (en adelante CNDC). Así, en las siguientes secciones y párrafos de este documento se formularán y fundamentarán propuestas en ese sentido.

El marco normativo

La ley de defensa de la competencia actual (ley 25.156) ciertamente implica una mejora respecto de la situación normativa anterior pero uno de los principales problemas es que “llega tarde” considerando el proceso de concentración económica que tuvo lugar en la Argentina durante la década de los noventa⁹. Para cuando entró en vigencia la nueva legislación ya se habían constituido y/o consolidado posiciones dominantes en la mayor parte de los mercados de la economía argentina, con claros indicios de existencia de distorsiones en las condiciones de competencia.

Además, la actual legislación **contiene una serie de definiciones, imprecisiones y omisiones que dan lugar a interpretaciones ambiguas y que limitan claramente su eficaz aplicación.** Estos defectos se profundizaron debido a las modificaciones introducidas por el PEN al conjunto del marco normativo, que fueron res-

tándole alcance.

1. Sería conveniente introducir en la legislación argentina objetivos tales como el control del capital y/o del poder económico, la protección y promoción del bienestar de los consumidores, el fomento de las inversiones, la garantía de oportunidades equitativas para las pequeñas y medianas empresas, entre otros, que se explicitan en diversos países (UNCTAD, 2000). El criterio del “interés económico general” es jurídicamente vago y de difícil aplicación, por lo cual se deberían introducir otros objetivos más precisos para la legislación. La ley 25.156 (como tampoco su predecesora) no define con precisión la manera en que debe considerarse dicho criterio, dejando su interpretación en manos de la autoridad de aplicación.

La ley 25.156 no define explícitamente sus objetivos o propósitos generales. El objetivo implícito de la legislación argentina vigente es el de asegurar el buen funcionamiento de los mercados evitando que se perjudique el “interés económico general”.

Desde el punto de vista económico se puede precisar el criterio de “interés económico general”

⁹ Si bien escapa a los objetivos centrales de este artículo, cabe señalar que en la literatura se consideran, entre las principales ventajas de la ley 25.156 (tal como se la sancionó) respecto de la legislación anterior (el decreto ley 22.262 de la dictadura militar), la autarquía e independencia de la autoridad de aplicación y el control previo de las fusiones y adquisiciones.

mediante los conceptos de excedentes del productor, del consumidor y total que se utilizan tradicionalmente en el análisis microeconómico. Sin embargo **existen dificultades para evaluar en qué grado son afectados, y principalmente para cuantificarlos, ello aun sin considerar los supuestos que necesariamente deben hacerse para su medición y que han sido criticados en la literatura económica. Los problemas económicos y sobre todo jurídicos para hacer operativos estos conceptos explican las razones por las cuales dicho criterio no se incluye en las legislaciones de otros países, como Estados Unidos, Alemania y el Brasil.**

2. Debería establecerse la prohibición general de ciertas conductas anticompetitivas sin necesidad de que la autoridad de aplicación evalúe su impacto económico, contemplando un mecanismo de autorización de excepciones para aquellos casos donde se demuestre que éstas redundan en un beneficio común o bien no produzcan daño a la comunidad.

La legislación argentina adopta el criterio de “ilegalidad condicionada”, definiendo que para que un acto o conducta sean prohibidos debe cumplir con la doble condición de que sean anticompetitivos (“limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abu-

so de una posición dominante en un mercado”) y que puedan resultar perjudiciales para el “interés económico general”, por cierto un concepto que -como se dijo anteriormente- resulta impreciso, ambiguo y de difícil aplicabilidad. El articulado propuesto por UNCTAD (2000) define un listado enunciativo de actos y conductas que están prohibidos (ya sea se realicen entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, ya sean escritos u orales, oficiales u oficiosos), contemplando la posibilidad de que -previa notificación- sean autorizadas si se determina que la práctica “redunda en beneficio común”.

Es importante tener en cuenta que el criterio de “ilegalidad condicionada” del marco normativo argentino le confiere amplias facultades discrecionales a los órganos de aplicación. Con el criterio de “ilegalidad intrínseca”, en cambio, las facultades discrecionales sólo se pueden utilizar para determinar si se autoriza un acto o conducta ilegal mientras que en el otro caso dicha potestad se ejerce para determinar si se prohíbe el acto o la conducta ilegal. Esta diferencia no es menor por cuanto la probabilidad de que ocurran excesos en la prohibición de prácticas que afectan negativamente la competencia es menor que la de cometer excesos en la limitación o prohibición de prácticas que, siendo en general y en principio negativas en términos de competencia y beneficio común, sean positivas

en esos términos en casos particulares. En otras palabras, es *más probable que a las agencias se le "escapen" prácticas nocivas para la competencia que las mismas "limiten" prácticas con efectos favorables para la competencia y el beneficio social.*

3. Reconsiderar los criterios para la evaluación de las concentraciones de conglomerado dado que los lineamientos disponibles son demasiado escuetos al respecto. Por ejemplo deben contemplarse los efectos que tienen este tipo de operaciones en cuanto al aumento del poder financiero y de *lobbying*.

Los lineamientos para el control de operaciones económicas establecen que preliminarmente las concentraciones de conglomerado "no serán objetadas y sólo se considerará que son potencialmente perjudiciales en aquellos casos en los que se demuestre que, de no haber existido la concentración, una de las empresas involucradas habría ingresado como competidora al mercado relevante en el que operan las restantes empresas involucradas". **Las recomendaciones internacionales (UNCTAD, 2000) sugieren un criterio más adecuado a la realidad de la economía mundial actual que es considerar para estos casos "el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo"**, argumentando

correctamente que esto puede derivar en un mayor margen de actuación e influencia frente a los competidores reales y potenciales.

4. Fundamental adecuadamente las excepciones contempladas en la ley 25.156 por las cuales ciertas operaciones de concentración económica quedan exentas de la obligatoriedad de notificación (art. 10).

El artículo 10 de la ley 25.156 establece algunas excepciones que no se respaldan con suficiente fundamentación. Así, se encuentran exentas de la notificación obligatoria las siguientes operaciones: a) las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones; b) las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; c) las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina; d) adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año).

Es altamente probable que algunas de estas excepciones hayan surgido de presiones de los grupos de interés. En concreto García (2000) llama la atención sobre el hecho de que a pocos días de sancionarse la ley 25.156, la empresa norteamericana Chev-

ron adquirió Petrolera San Jorge, segunda exportadora de crudo del país y con una facturación de cerca de US\$ 300 millones anuales, que no fue analizada en uso de las excepciones permitidas por el inciso c) del art. 10. La amplitud de la excepción queda en evidencia en la reglamentación del artículo que establece que “a los efectos del inciso c) del artículo se considerará que una empresa es extranjera si su domicilio social o *el principal asiento de sus negocios se encuentra fuera del país*; sin embargo se considerarán comprendidas dentro de la exención del inciso c) aquellas empresas extranjeras que fijaren su domicilio social en el país a los efectos del perfeccionamiento de la operación de concentración en cuestión” (el subrayado es nuestro).

5. Realizar una investigación exhaustiva con el fin de determinar si las sucesivas modificaciones introducidas en el marco normativo referidas al alcance a la notificación obligatoria tuvieron resultados favorables en cuanto a ahorro de recursos y tiempo de investigaciones (por evitar el análisis de operaciones irrelevantes) o si en cambio significó un relajamiento impropio del control de las ope-

raciones.

Siguiendo las prácticas internacionales en la materia, la **ley 25.156 (versión sancionada)** determinó la obligatoriedad de notificación de las operaciones de concentración económica que queden comprendidas dentro de los siguientes umbrales (**artículo 8**):

- **Participación en el mercado:** actos que impliquen la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al 25% o más del mercado relevante, de una parte sustancial del mismo, o
- **Volumen de negocio total en el ámbito nacional:** cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de \$ 200 millones.
- **Volumen de negocio en el ámbito mundial:** cuando el volumen de negocio total mundial del conjunto de las empresas afectadas supere los \$ 2.500 millones.

Pero el decreto 1019/99 que promulgó la ley dispuso la eliminación del criterio o umbral basado sobre la participación en el mercado argumentando que “no son datos objetivamente disponibles”¹⁰. Este argumento es por lo menos muy particular.

¹⁰ Cabe observar la flagrante contradicción que se da entre esa fundamentación y el que en la guía para la notificación de operaciones de concentración económica (aprobada por resolución 40/01) se solicite a las empresas involucradas que indiquen en primera etapa cual es “la participación de mercado de cada una de las empresas que produce o comercializa los productos involucrados y los productos sustitutos para cada

Cabe destacar que muchos países, como Brasil, España, Francia y Gran Bretaña, mantienen este criterio como umbral para determinar las notificaciones obligatorias.

El alcance de la notificación obligatoria de las concentraciones económicas continuó siendo cercenado cuando en el año 2001 se aprobó el decreto 396/01 que básicamente introduce modificaciones respecto de los requisitos, argumentando que la ley 25.516 “contiene algunas normas que perjudican la competitividad de la economía, en especial la radicación de nuevas inversiones”.

En primer lugar, con este decreto **se eliminó la prohibición de concentraciones económicas cuyo objeto sea o pueda disminuir la competencia, dejando sólo las que las restrinjan o distorsionan**. El argumento utilizado en los considerandos de dicho decreto es que “resulta conveniente derogar el carácter potencial de la restricción o distorsión de la competencia en los mercados respecto de la autorización de las concentraciones económicas”. Con esta derogación no quedan prohibidas aquellas operaciones que impliquen una reducción en el número de empresas de un determinado mercado, esto sería una disminución de la competencia pero no necesariamente una restricción o distorsión. Por otra parte

resulta cuestionable que la modificación introducida en el artículo 7 de la ley se haya realizado a través de un decreto del PEN, tanto porque modifica el evidente espíritu de la ley como que dicha derogación excedería las atribuciones conferidas por los “superpoderes” otorgados por ley 25.414¹¹.

En segundo lugar el decreto acotó el alcance de la obligación de notificación de operaciones de concentración económica al eliminarse el umbral internacional como criterio para la notificación. El argumento del PEN, es que “resulta apropiado considerar exclusivamente los efectos de las concentraciones respecto de la competencia en el país, independientemente del volumen de negocios internacional de los adquirentes de unidades productivas”. Es claro que esta derogación beneficia directamente a las ET que de otro modo en su mayor parte estarían obligadas a notificar sus operaciones de fusiones y adquisiciones. El problema es que este criterio resulta de vital importancia en las leyes referidas al tema en los países desarrollados, y en especial cuando se dan procesos masivos de “take over” de empresas de capital nacional (Nochteff y Pesce, 2002).

A partir de las dos modificaciones introducidas en los criterios

uno de los últimos 3 años y por tipo de producto”. Por otra parte, existen índices de concentración (como el HH) que se utilizan habitualmente para calcular dicha participación.

¹¹ “Ley de Delegación de Facultades Legislativas”, BO 30/O3/2001.

de notificación de las concentraciones económicas, **el único umbral que permanece vigente es el del “volumen del negocio total en el ámbito nacional”**. Pero lamentablemente también en este caso existen debilidades en tanto que el límite establecido de \$ 200 millones **resulta bastante elevado considerando que coincide con el que se definió para determinar aquellas operaciones que quedan comprendidas en el ámbito de la Unión Europea**¹². En 2001 solo 300 firmas facturaban más de \$ 100 millones en el país.

Otro inconveniente se vincula con que dicho parámetro juega **en contra de las empresas que tienen una alta rotación del capital en tanto no se incluye como criterio al valor de los activos para determinar si una operación de concentración económica debe ser notificada ante la autoridad de aplicación**. Esto marca una diferencia respecto de la legislación estadounidense en la cual se establecen dos parámetros para de-

terminar aquellas operaciones que están sujetas a la obligación de notificación, a saber: la parte adquirente debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los US\$ 100 millones mientras que la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los US\$ 10 millones¹³.

Por otra parte, el decreto 396/01 establece una cláusula *de minimis* (incluida como inciso e) en el artículo 10 de la ley). En efecto, se dispone que las operaciones no requieren de notificación “cuando el monto de la operación y el valor de los activos (en el país) que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los \$ 20 millones, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de \$ 60 millones en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado”. Este agregado se argumentó por parte del PEN aducien-

¹² En el debate parlamentario se estuvo considerando un límite sensiblemente inferior (\$ 50 millones) que luego en la versión sancionada fue elevado a \$ 200 millones argumentando que era el considerado en la Unión Europea. En ese momento, los \$ 200 millones equivalían a 200 US\$, con la tasa de cambio 1 peso = 1 US\$, y el euro no era la moneda de casi toda la UE. Con la modificación del régimen cambiario en la Argentina, estos montos deberían ajustarse -a través de la reglamentación- a los efectos de dicho cambio, al igual que todos los demás valores monetarios del marco normativo de defensa de la competencia. Este tema se enfatiza más adelante. Adicionalmente, obsérvese que el tema del euro y su paridad con el dólar estadounidense no afecta mucho la cuestión, debido a que no se trata de diferencias pequeñas sino de órdenes de magnitud (25 versus 200).

¹³ Algunas legislaciones incluso establecen la obligatoriedad de notificar “las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación de este tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo” (UNCTAD, 2000).

do que resulta conveniente excluir aquellas operaciones cuyo valor involucrado no justifica una evaluación por parte de la autoridad de aplicación, “a pesar del volumen de negocios del adquirente”¹⁴. **El peligro de esta modificación es que la falta de controles de oficio abra la posibilidad eventual de que avance un proceso de concentración “silencioso”.**

La legislación estadounidense también contempla una cláusula *de minimis* definiendo que el monto de la operación debe superar los US\$ 15 millones o representar más del 15% del paquete accionario de la adquirida. Nótese que la modificación introducida por el PEN a la legislación argentina define un monto superior para que una operación quede fuera del alcance del requisito de notificación. Abdala (1999) presenta algunas justificaciones al respecto cuando aduce que “un límite muy bajo implicaría la necesidad de contar con una fuerte capacidad administrativa de la agencia y quizá traería un costo de regulación innecesario (para empresas y para el Estado como regulador) por el escrutinio de operaciones sin mayor relevancia económica”. Dicha argumentación resulta razonable, pero no lo es el umbral definido que quedó por debajo del establecido en la legislación de Estados

Unidos.

Cabe destacar que existe el riesgo (que ya está ocurriendo) de que los montos nominales definidos como umbrales queden desactualizados en un contexto inflacionario y de cambio del régimen cambiario, razón por la cual parece conveniente definirlos a través de las reglamentaciones. En tanto dichos montos no sean actualizados, quedarán comprendidas cada vez más operaciones en el requisito de notificación obligatoria. Si bien ese puede ser un objetivo buscado, no es adecuado ni racional que se alcance por este medio. **Cabe observar que la propuesta en materia de los ajustes mencionados (o de los métodos para reajustar) es válida para todos los valores monetarios del régimen de defensa de la competencia (umbrales y multas).**

6. Modificar la ley con el fin de que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante TNDC) pueda revisar sus dictámenes ante circunstancias que hubieran cambiado respecto de las imperantes en el momento de la evaluación, manteniendo la posibilidad de revisión vía judicial.

Las resoluciones del TNDC no pueden ser revisadas y/o revocadas ante circunstancias que hubieran cambiado respecto de las

¹⁴ En todo caso habría que agregar que “a pesar del volumen de negocios del adquirente y del adquirido.

imperantes en el momento de la evaluación (a diferencia de lo que recomienda la propuesta de UNCTAD 2000), salvo cuando se demuestre que la información presentada haya sido falsa o incompleta sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

7. Modificar la ley para que expresamente se prohíba el perfeccionamiento de operaciones que estén siendo evaluadas por la autoridad de aplicación, autorizando la aplicación de multas si esto sucede.

Un aspecto realmente controvertido de la ley es el que se refiere a si el mecanismo de notificación previsto es de carácter previo o *post* (véase el debate del Foro de la Competencia, 2002). Ciertamente esto indica que la redacción del artículo 8 es deficiente al respecto, en tanto establece que “deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control”. Esto no fue lo suficientemente aclarado en la reglamentación del artículo, donde se define que se contabiliza el plazo de una semana “a partir de la suscripción” de los acuerdos o cuando “quedare perfeccionada” la operación correspondiente.

Existe cierto consenso en cuanto a que el mecanismo de notificación es previo ya que el artículo 8

aclara que “los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación con terceros” una vez cumplidas las previsiones referidas a la resolución del TNDC (ya sea en forma explícita, o sea la autorización, condicionamiento o denegación, como tácita). Sin embargo cabe destacar que nada impide que, una vez cumplimentado el requisito de notificación en el plazo debido, las partes involucradas avancen con la operación. **A diferencia de la normativa europea, la legislación argentina no prohíbe en forma expresa que pueda perfeccionarse una operación que está siendo evaluada por la autoridad de aplicación.**

Lo anterior implica que si la operación avanza en tanto se la está evaluando, y resulta que finalmente se decide denegarla o condicionarla, las partes deberán retroceder en sus actos, algo que resulta jurídicamente posible pero impracticable, considerando los elevados costos que esto acarrearía. En el caso de las operaciones realizadas en el extranjero que sean evaluadas en tanto puedan afectar el mercado interno, dicha posibilidad obviamente es jurídicamente imposible.

Lo único que actúa como límite en este sentido es que si las partes avanzan con la operación sin contar todavía con la resolución final del TNDC (tácita o expresamente), corren el riesgo de ser investigadas en el ámbito de los ac-

tos y conductas establecidos en el artículo 1, en tanto que las partes -que continúan siendo independientes en términos jurídicos- actuarían cooperativamente.

8. Clarificar y precisar los procedimientos de relacionamiento entre el TNDC y los Entes Reguladores -desde el punto de vista normativo y el de aplicación- a fines de evitar superposiciones, omisiones o competencias en la práctica.

La ley 25.156 deroga “toda atribución de competencia relacionada con el objeto finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales” (artículo 59), pero no menciona explícitamente las normas por las cuales -por ejemplo- el ENARGAS y el ENRE cumplen (o mejor dicho pueden cumplir) funciones de defensa de la competencia. Para algunos autores la situación es confusa dado que, por otro lado, en el artículo 16 de la ley, se dispone que “cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado nacional a través de un organismo de control regulador, el TNDC deberá requerir a dicho ente estatal un informe de 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”. De todos modos la opinión o dictamen de estos organismos es de carácter no vinculante, con lo

cual -sumado a lo dispuesto por el artículo 59- no caben dudas de que el TNDC tiene plenas facultades para actuar en materia de defensa de la competencia en mercados correspondientes a servicios públicos privatizados. Es más, la reglamentación del artículo 59 establece que la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (en adelante SDCyC) “establecerá los procedimientos y mecanismos para la transferencia de todas las causas y tramitaciones, que en las materias objeto de esta ley hayan sido con anterioridad obtenidas por o atribuidas a otros organismos y/o entes estatales”.

Cabe destacar que el plazo originalmente establecido para el pronunciamiento del ente estatal fue de noventa días hábiles (transcurrido dicho plazo se entenderá que no se objeta la operación) pero una modificación posterior llevada a cabo por el decreto 396/01 estipuló que el plazo que el ente tenía para pronunciarse era de quince días hábiles.

La CNDC no le pide al ente regulador una recomendación sino una opinión o informe sobre una operación de concentración que se produzca en el sector que el ente regula. Esa opinión - tal como lo establece la reglamentación de la ley 25.156- no tiene carácter vinculante y la CNDC puede coincidir o no con lo expresado por el ente regulador. Pero en general los entes reguladores no objetan

ni plantean reparos a las operaciones de concentración en las que se les solicita opinión. En algunos casos los entes no han contestado al requerimiento de opinión que hace la CNDC, con lo cual una vez transcurrido el plazo se entiende que el ente no objeta la operación y se continúa con el análisis habitual de la CNDC.

Si bien el artículo 59 de la ley 25.156 es claro en este sentido, no está definida la cuestión sobre qué tipo de relación tendrán la SDCyC y el TNDC (la CNDC, hasta que el TNDC se haya constituido) con los organismos reguladores, cómo deberán instrumentarse los mecanismos de consulta y los roles que en los mismos deberán jugar la SDCyC y el TNDC (nuevamente, la CNDC, hasta la constitución del TNDC). De hecho las autoridades se encuentran analizando un proyecto de reglamentación para definir con más precisiones dichas cuestiones.

Aplicación y ejecución

9. Es prioritario que se constituya el TNDC -el órgano autárquico e independiente- con todas las atribuciones otorgadas por la ley 25.156 para lo cual debe cumplimentarse cuanto antes la designación de sus miembros mediante los procedimientos establecidos en la normativa¹⁵. Ello porque en tanto el ór-

gano de aplicación de la ley 25.156 no sea el TNDC no se cumple con el objetivo planteado en dicha normativa de crear un organismo autónomo de manera que su aplicación no dependa directamente de las decisiones del PEN y quede en lo posible protegida de las influencias políticas.

Un avance importante de la ley 25.156 respecto al decreto ley 22.262 de la dictadura militar es la creación de un órgano de aplicación de naturaleza autárquica e independiente -el TNDC-, acompañando la tendencia internacional en la materia. El TNDC dispone de un mayor grado de autonomía respecto del PEN en comparación con la CNDC, que era la autoridad de aplicación en la legislación anterior.

El TNDC tendría la facultad de emitir resoluciones de carácter obligatorio (aunque apelables en instancia judicial) a diferencia de la situación actual en la cual los dictámenes no son vinculantes y necesitan el aval del secretario correspondiente para la resolución final, quien podría modificar, aceptar o rechazar la decisión de la CNDC (también apelables ante la justicia). **En otros términos, con la aplicación plena de la ley 25.156 el TNDC concluiría la vía administrativa sin necesidad de contar con la decisión de una**

¹⁵ El llamado a concurso se realizó entre marzo y abril de 2003, habiéndose presentado casi 40 candidatos.

autoridad política. En tanto en este sentido no se cumpla plenamente con lo establecido por dicha legislación (habiendo ya transcurrido tres años desde su sanción), persistirá la dependencia de la autoridad política.

El decreto reglamentario 89 de enero de 2001 dispuso que dentro de los 60 días luego de su entrada en vigencia debía dictarse el reglamento del concurso público de antecedentes y oposición para la designación de los miembros del TNDC, realizar el llamado público del concurso y convocar al jurado. Recién en octubre de 2002 (es decir **casi un año y medio más tarde de lo correspondiente**) se aprobó la resolución 29 por la cual se aprueba dicho reglamento y se convoca a los miembros del jurado, en tanto que el llamado a concurso se resolvió entre marzo y abril del corriente año .

Hasta tanto no se conforme el TNDC, la reglamentación estableció que la SDCyC organice funcional y administrativamente a la CNDC a los efectos de la implementación de dicha reglamentación. Las causas se tramitarán por ante la CNDC (hasta tanto se ponga en funcionamiento el TNDC) que tendrá facultades para dictar todas las resoluciones relacionadas con las notificaciones de concentraciones económicas, excepto las referidas a la resolución que

serán dictadas por las SDCyC. En otros términos, **organismos dependientes del PEN están ejerciendo las funciones contempladas para el TNDC, desvirtuando al menos por el momento¹⁶ el objetivo de independencia que originalmente buscaron los legisladores para proteger la defensa de la competencia de las influencias políticas.**

En materia de la independencia del TNDC, cabe destacar que el artículo 24 de la ley 25.156 dispone las funciones y facultades del TNDC, siendo una de ellas es la elaboración de su reglamento interno en el cual se establecerán, entre otras cuestiones, modo de elección y plazo del mandato del presidente, y quién ejercerá la representación legal del Tribunal (inciso i). Pero en la reglamentación de la ley (decreto 89/2001) se establece que es el presidente de la Nación el que, a propuesta del ministro de Economía, designará quien presida el TNDC.

Este no es un aspecto menor ya que las causas por remoción se forman obligatoriamente si existe acusación del PEN o del presidente del Tribunal y sólo por decisión del Jurado si la causa tuviera cualquier otro origen que los mencionados en el artículo 21 de la ley 25.156 (las causas por remoción son mal desempeño en sus funciones; negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los pro-

¹⁶ A mayo de 2003.

cesos; incapacidad sobreviniente; condena por delito doloso; violaciones de las normas sobre incompatibilidad; no excusarse en los supuestos previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de Nación. De todos modos sólo podrán ser removidos previa decisión -por mayoría simple- del Jurado. El Jurado es el que se constituye para la designación de los miembros del TNDC, integrado por el procurador del Tesoro de la Nación, el secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos de la Nación, los presidentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

10. Los miembros del TNDC deben tener más años de ejercicio profesional que los establecidos por la legislación y además debe exigirse que las personas no se encuentren en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar (no pueden ser propietarios, presidentes ni miembros del consejo de administración o de la junta de ninguna empresa o asociación empresaria o profesional,

ni haberlo sido en un período previo a su incorporación al TNDC, que debería ser explícitamente determinado).

El TNDC estará integrado por siete miembros "con suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo", de los cuales cuatro deberán ser abogados o profesionales en ciencias económicas con más de cinco años en el ejercicio profesional¹⁷. En opinión de algunos analistas, **los requisitos de profesionalidad para los miembros del TNDC son inferiores a los deseables en tanto que tres de ellos pueden no ser profesionales de dichas disciplinas** (Abdala, 1999)¹⁸. De todos modos el profesionalismo de sus integrantes no garantiza necesariamente que las decisiones adoptadas por el TNDC sean "razonables". Pero ciertamente resultan un tanto insuficientes los años de experiencia profesional requeridos para ser miembro del TNDC.

Varios países -más que razonablemente- establecen como condición para ocupar el cargo que los intereses de las personas no se encuentren en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar, lo cual no está contemplado ni en la legislación argentina ni en las condiciones definidas en el reglamento del concurso público (resolu-

¹⁷ Dos abogados y dos profesionales en ciencias económicas.

¹⁸ No obstante la reglamentación de la ley dispone que deben poseer título universitario.

ción 29/02, artículo 12). Por ejemplo, en Alemania los miembros del TNDC no pueden ser propietarios, presidentes ni miembros del consejo de administración o de la junta de ninguna empresa o asociación empresaria o profesional.

11. Llevar a cabo investigaciones y controles de oficio para verificar si existen operaciones de concentración económica que no están siendo notificadas, incumpliendo con el requisito de obligatoriedad. Asimismo realizar acciones de oficio para determinar si se vulneran los principios de defensa de la competencia en operaciones que no están sujetas al requisito de notificación obligatoria. Por supuesto que esto requiere solucionar el problema de la escasez de recursos y de la falta de voluntad política (en tanto sea la CNDC la autoridad de aplicación).

La CNDC realiza procedimientos que se han dado en llamar "diligencias preliminares" por las cuales investiga de oficio si debe realizarse la notificación de operaciones que no se han notificado. **Estos expedientes recién se iniciaron en el transcurso de 2002**, pero son confidenciales ya que todavía no se concluyeron las investigaciones.

Cabe destacar que las "opiniones consultivas" como mecanismo para determinar si debe o no efectuarse la notificación queda a la sola iniciativa de los agentes

económicos, que deciden si realizan o no la consulta. Por ello, resulta necesario que la autoridad de aplicación realice investigaciones y controles de monitoreo para detectar si realmente se están notificando las operaciones de concentración económica sujetas al requisito de notificación obligatoria. Asimismo las investigaciones de oficio deberían evaluar si operaciones de concentración económica que no están sujetas al requisito de notificación obligatoria pueden sin embargo afectar las condiciones de competencia, si bien es menos probable que esto suceda en comparación con aquellas que sí deben notificar ante la autoridad de aplicación.

12. Mejorar el sistema estadístico, fundamentalmente poner en funcionamiento el Registro Nacional de Defensa de la Competencia tal como lo establece la ley 25.156.

Entre las funciones del TNDC también se encuentra la de organizar el Registro Nacional de Defensa de la Competencia pero la ley no es clara respecto de cuáles operaciones de concentración económica deberán inscribirse en dicho registro. En efecto, el artículo 23 establece que deberán hacerlo aquellas operaciones "previstas en el Capítulo III (las concentraciones económicas) y las resoluciones definitivas dictadas por el TNDC". En la reglamentación de este artículo se dispone que deberán inscribirse en el re-

gistro, "además de los supuestos mencionados en el artículo 23 de la ley 25.156", las operaciones de concentración económica aprobadas en forma tácita, las revisiones de decisiones anteriores (recuérdese que sólo pueden revisarse si la resolución se basó sobre información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante), y las decisiones judiciales sobre temas previamente decididos por el TNDC. De todos modos dicho registro aún no fue puesto en funcionamiento.

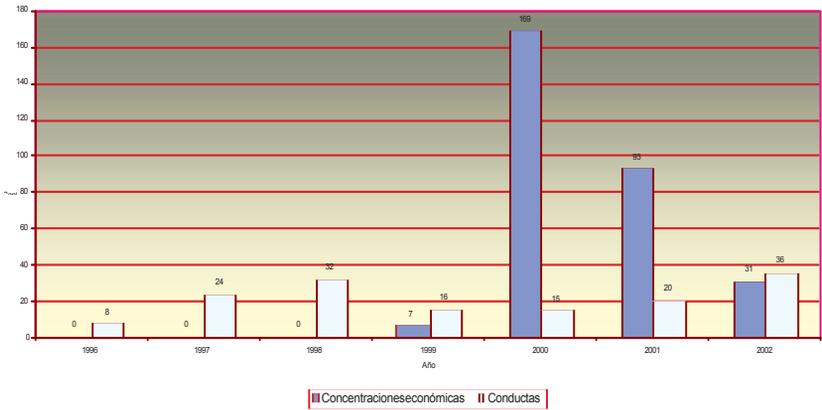
13. Proveer al TNDC de todos los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones. Debe incrementarse el "staff" de profesionales y los montos presupuestados y ejecutados. Fortalecer la formación técnica y académica del "staff" de profesionales, con mayor estabilidad en sus funciones. Con relación a dicho "staff" es importante incentivar la permanencia, puesto que la alta rotación que se ha verificado hasta ahora afecta negativamente la continuidad en el análisis de los expedientes, la conservación y uso de los avances realizados en la investigación así como también la coherencia en la aplicación de los principios de la legislación.

Las funciones de la CNDC se incrementaron sin un correlato en los montos ejecutados lo que redundó en la acumulación de aquellos trámites que tienen plazos

más flexibles (las conductas). En los últimos años la cantidad de profesionales de la CNDC se ha ido incrementando, produciéndose un aumento importante en el número de profesionales en el transcurso de los años 2000 y 2001. En efecto, entre 1999 y 2001 el "staff" de profesionales aumentó aproximadamente un 50% (de 23 a 35 profesionales). Pero desde comienzos de 2002 ha reducido su plantel en 8 profesionales, sin producirse nuevas incorporaciones hasta el momento.

Un aspecto preocupante en relación con el personal de la CNDC es su **alta rotación** en tanto que -al igual que lo sucedido en otras dependencias del Estado- la mayoría de los profesionales se relaciona con la CNDC a través de contratos de corta duración (en general de tres meses y en algunos casos de un mes)-. Tanto es así que de los 27 profesionales que se desempeñan actualmente en la CNDC, sólo 12 pertenecen al personal de planta permanente mientras que los demás son contratados o corresponden a planta permanente pero de otros organismos de la administración pública nacional. Cabe enfatizar que esto indudablemente repercute en una pérdida de continuidad en el análisis de los expedientes, desechándose los avances realizados en la investigación y atentando contra la coherencia en la aplicación de los principios del marco normativo.

Gráfico N° 1. Cantidad de casos resueltos de concentraciones económicas y conductas, por año (1996-2002)



Fuente: elaboración propia sobre datos de la CNDC

El monto presupuestado para la CNDC ha aumentado en los últimos años pero las restricciones fiscales provocaron que el monto ejecutado prácticamente se mantuviera constante. Cabe destacar que **el incremento de las funciones de la CNDC que trajo aparejada la promulgación de la ley 25.156 -evidenciado por los 320 casos analizados entre 1999 y 2001 (que en su mayor parte corresponden a operaciones de concentración económica)- no se vio acompañado por un incremento significativo de los montos ejecutados.**

En la actuación de la CNDC de los últimos años se pueden identificar etapas claramente diferenciadas. Antes de la sanción de la nueva ley (septiembre de 1999), los economistas y abogados trabajaban únicamente en el análisis de denuncias o investigaciones

iniciadas de oficio en relación con los actos y conductas supuestamente violatorias de la ley 22.262. Con las modificaciones que introduce la ley 25.156 se suma a esas actividades el análisis de las fusiones y adquisiciones; desde la entrada en vigencia de la nueva ley en septiembre de 1999 hasta la sanción del decreto 396/01 de abril de 2001 se tramitaron en la CNDC aproximadamente 200 operaciones de concentración económica. Cabe destacar el hecho de que para el análisis de fusiones y adquisiciones se establecieron estrictos y cortos plazos impactó fuertemente en el trabajo desarrollado por la CNDC. Así, estas operaciones concentraron la mayor parte de los recursos disponibles en detrimento del análisis de las conductas: durante 1998 (el año anterior a la sanción de la ley) la CNDC resolvió 32 ca-

tos sobre conductas, disminuyendo a 15 en el año 2000, cuando se verificó el pico de los casos resueltos sobre concentraciones económicas. Aun en el año 2002, cuando el análisis de las concentraciones se redujo casi ocho veces respecto del 2000, los casos resueltos en materia de conductas eran apenas mayores que antes del cambio del marco normativo (**gráfico N° 1**).

La sanción del decreto 396/01 inaugura una nueva etapa para la CNDC ya que introdujo modificaciones importantes en relación con los umbrales para la notificación obligatoria y plazos más cortos para concluir ciertas investigaciones. En consecuencia se registró un descenso en la notificación de operaciones de concentración económica. De 169 casos analizados en 2000 se bajó a sólo 31 en 2002. No obstante, las operaciones notificadas a partir de ese entonces conllevan generalmente análisis más complejos.

Ante la menor cantidad de operaciones notificadas, el análisis de las denuncias por conductas ha vuelto a ocupar el papel principal en la tarea de la CNDC, lo que ha llevado a que muchas de las denuncias tramitadas por la ley 22.262 que aún no habían sido concluidas en 2001 hayan sido finalmente resueltas en el transcurso del presente año. Debe tomarse en cuenta que la caída de notificación de las operaciones de concentración económica puede deberse a distintas causas, y una

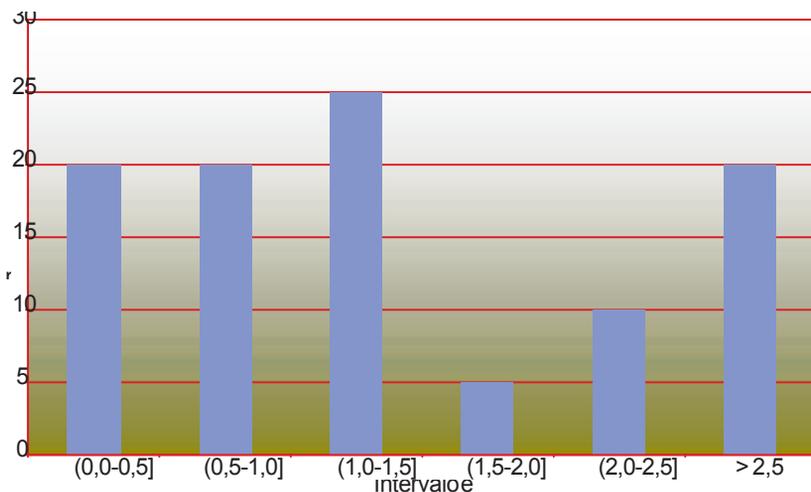
de ellas probablemente esté vinculada con la "erosión" que sufrió la legislación y el "enforcement", y al hecho (relacionado con el anterior) de que los agentes económicos perciben la despreocupación (o falta de voluntad política) de los gobiernos en materia de defensa de la competencia. En efecto, los problemas de presupuesto y de personal de la CNDC y el hecho de que aún no se haya constituido el TNDC (para citar dos ejemplos de los tratados en este documento) parecen suficientes para explicar dicha percepción.

14. Acelerar los plazos para la conclusión de las denuncias referidas a conductas anticompetitivas.

Los plazos para resolver los casos de conductas son bastante flexibles dado que la legislación no los define taxativamente, a diferencia de lo que ocurre con las concentraciones económicas. Si bien la normativa establece ciertos plazos para el trámite de denuncias, no implica que exista un plazo límite dentro del cual la CNDC deba emitir su decisión dado que hay períodos de tiempo que quedan sin especificar en la ley 25.156 (por ejemplo el tiempo transcurrido entre la presentación de la denuncia y el traslado de la misma al denunciado o el que transcurre entre la presentación de las explicaciones del denunciante y la apertura del sumario).

La flexibilidad de los plazos puede ilustrarse analizando el tiempo de maduración de las conductas

Gráfico N° 2. Conductas resueltas durante 2001, según plazos de maduración (en porcentaje del total)



Fuente: elaboración propia sobre datos de la CNDC

resueltas durante 2001. En efecto, el 60% de los casos de conductas resueltas por la CNDC en dicho año habían sido iniciadas entre uno y cuatro años antes de la fecha del dictamen (**gráfico N° 2**). De hecho se siguen resolviendo casos que están comprendidos en la legislación anterior, aunque su proporción en el total viene disminuyendo en los últimos años. No obstante la CNDC puede dictar una medida con carácter preventivo en cualquier etapa del procedimiento (según lo permite el artículo 35 de la ley 25.156) en tanto se

demuestre la verosimilitud del derecho invocado y los daños ocasionados por la demora en la resolución¹⁹. Durante 2001 se dictaron 8 medidas de esta naturaleza.

15. Explicitar los criterios que -dentro de las reglas- utiliza la CNDC para autorizar, condicionar o prohibir las operaciones de concentración económica a fines de reforzar la transparencia y el "accountability".

Las operaciones de concentración económica sometidas al requisito de notificación serán evaluadas por el TNDC que deberá

¹⁹ Las medidas de carácter preventivo se utilizan para imponer el cumplimiento de condiciones que establezcan u ordenen el cese o la abstención de la conducta lesiva; o cuando pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia; o evitar que, como consecuencia de una práctica sin justificación aparentemente razonable, se ponga en riesgo de forma irreversible o irreparable la continuidad en el mercado de uno o más de los competidores; y tanto más, cuando resulte necesario investigar si el denunciante ha contribuido, por acción u omisión, a la creación de la situación que se denuncia como anticompetitiva.

decidir por resolución fundada y en un plazo no mayor a los 45 días si autoriza, deniega o subordina el acto al cumplimiento de las condiciones establecidas en un determinado plazo. Los lineamientos para el análisis de las concentraciones económicas que sirven de fundamento para las decisiones adoptadas por el TNDC fueron establecidos en instancia administrativa. No obstante cabe señalar que no se conocen las pautas que se tienen en cuenta para que el TNDC autorice, condicione o deniegue las operaciones.

Buenos Aires, junio de 2003.

Bibliografía

- Abdala, M. (1999), *¿Cómo se defenderá la competencia en Argentina?*, IERAL, Buenos Aires.
- Abeles, M. , Forcinito, K y Schorr, M. (2001), *El oligopolio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado. De la privatización de ENTEL a la conformación de los grupos multimedia*, FLACSO/Universidad Nacional de Quilmes/IDEP, Colección Economía Política Argentina, Buenos Aires.
- Azpiazu, D. (1998), *La concentración en la industria argentina a mediados de los noventa*, EUDEBA-FLACSO, Buenos Aires.
- Basualdo, E. (1998), "La concentración de la propiedad rural en la Provincia de Buenos Aires: situación actual y evolución reciente", en H. Nochteff (ed.): *La economía argentina a fin de siglo: fragmentación presente y desarrollo ausente*, FLACSO/EUDEBA, Buenos Aires.
- Basualdo, E. (2000), *Concentración y centralización del capital durante la década del noventa*, UNQ-FLACSO-IDEP, Buenos Aires.
- Ciccolella, P. (2000), "Modernización y concentración comercial en Argentina en los años noventa", en *Economía, Sociedad y Territorio*, N° 7, México.
- García, Américo (2000), "¿Habrà una política antimonopólica?", en **Realidad Económica** 170, IADE, Buenos Aires.
- Kulfas, M. (2001), "El impacto del proceso de fusiones y adquisiciones en la Argentina sobre el mapa de las grandes empresas. Factores determinantes y transformaciones en el universo de las grandes empresas de capital nacional", Serie *Estudios y Perspectivas* N° 2, CEPAL, Buenos Aires.
- Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires (2000), "La transformación del sistema financiero argentino. Concentración bancaria, eficiencia y financiamiento", en *Cuadernos de Economía*, N° 53, La Plata.
- Nochteff, H.; y Pesce, J. (2002), "Defensa de la competencia - Texto para discusión", Ponencia en *Segundas Jornadas Hacia el Plan Fénix*, Buenos Aires, Abril, 2002. FCE, UBA
- Nochteff, H.; y Soltz, H.(2003), "Defensa de la competencia", UBA (mimeo)
- Ortiz, R. y Schorr, M. (2002), "La reconfiguración del poder económico en el

sector de los hidrocarburos durante la década del noventa y sus consecuencias en la salida de la Convertibilidad", Ponencia presentada en las *V Jornadas de Sociología*, organizadas por la Carrera de Sociología de la UBA, 11 al 15 de noviembre, Buenos Aires.

Rofman, A. (2002), "Economías regionales: situación actual y propuestas de reactivación con equidad", Ponencia presentada en las *Jornadas "Hacia el Plan Fénix"*, UBA, Buenos Aires.

UNCTAD (2000), Ley tipo de Defensa de la Competencia. Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo, TD/RBP/CONF.5/7, Naciones Unidas, Ginebra.