

Comentarios a la Nueva Ley de Defensa de la Competencia

POR FRANCISCO MURUZETA

Sumario: I. DE LEGE LATA: A) INTRODUCCIÓN. B) OBJETO. FINALIDAD. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. C) ORGANO DE APLICACIÓN. D) PREVENCIÓN DE ACTOS O CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. NOTIFICACIÓN. E) LOS LINEAMIENTOS PARA EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS. F) SANCIONES. G) EL VETO PARCIAL DEL PODER EJECUTIVO. — II. DE LEGE FERENDA: H) EL CONTROL EN LA CONSTITUCIÓN EN LAS AGRUPACIONES EMPRESARIAS.

I De lege lata

A) Introducción

El 20 de setiembre de 1999, se publicó en el Boletín Oficial con el número 25.156, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (la "LDC"), cuya vigencia opera desde el 29 de setiembre de 1999. Esta nueva ley responde a las necesidades actuales de la política económica argentina que, con motivo de las privatizaciones de las empresas del Estado, la desregulación y la apertura de la economía, necesitaba de un elemento eficaz que permitiera al Estado velar por el interés económico general.

La sanción y promulgación de la LDC tuvo un impulso adicional que fue el impacto que tuvo en la sociedad la multa de \$109.000.000 aplicada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a YPF, S.A. por sus conductas de abuso de posición dominante consistentes en la discriminación de precios entre compradores nacionales y extranjeros de GLP a granel, cuyo resultado provocó —al decir de la resolución del tribunal en cuestión— la imposición en el mercado doméstico de precios

superiores a los vigentes en el mercado internacional. (Resolución 189/99-SICYM. B.O. 25/03/99).

La citada multa, juntamente con la polémica generada por la adquisición de YPF, S.A. por parte de Repsol, operó en el escenario político como disparador de una serie de debates y discusiones que finalizaron con la toma de conciencia por parte de nuestros legisladores, de la importancia de contar en la República Argentina con una política *antitrust* acorde con las legislaciones contemporáneas de los países del primer mundo.

B) Objeto. Finalidad. Bien Jurídico Protegido

Esencialmente, la LDC tiene por objeto garantizar la concurrencia a los mercados y reprimir las conductas lesivas de la competencia, y de los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan el abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general.

Es decir, la LDC sanciona el monopolio siempre y cuando del mismo se desprendiera la "posibilidad" de un perjuicio para el interés económico general. Así pues, y tomando como ejemplo una operación de concentración económica, si con la misma no se generaren barreras que impidan o dificulten el ingreso de nuevos competidores al mercado en cuestión, no habría infracción a la ley. Es decir, si se considera que el ingreso de nuevos competidores puede llevarse a cabo de manera rápida, proba-

ble y en escala suficiente, entonces la concentración económica no puede ser desautorizada. Caso contrario, se considerará que la concentración puede perjudicar al interés económico general.

C) *Organo de Aplicación*

El órgano de aplicación de la LDC es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (el "TNDC"), organismo todavía hoy no constituido. Sin perjuicio de ello, la misma ley establece que hasta la constitución y puesta en funcionamiento del mencionado tribunal, el órgano de aplicación de la anterior ley derogada será el encargado de entender en las causas en trámite, así como en las que se promuevan en el futuro hasta la constitución del TNDC, momento en el cual dichas causas serán giradas al mismo.

D) *Prevención de actos o conductas anticompetitivas. Notificación*

A diferencia de su predecesora y acorde con la legislación imperante en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea, la LDC no sólo controla y sanciona el "ejercicio" del poder económico, sino ahora también previene la formación del poder económico. Así pues, y luego de prohibir las concentraciones económicas que tengan por objeto disminuir, restringir o distorsionar la competencia (llevadas a cabo mediante fusión de empresas, transferencia de fondos de comercio, y en general, actos que otorguen a una persona control o influencia sustancial sobre una o más empresas), la LDC establece la obligación de notificar al TNDC, cuando la suma del volumen del negocio total de conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de \$200.000.000 o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere en el país la suma de \$2.500.000⁽¹⁾.

De acuerdo a la ley, se entiende por volumen de negocios total los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del IVA y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. Para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada se sumarán los volúmenes tanto de las empresas en cuestión como de las empresas en que éstas ejerzan control, así como también el de las empresas que ejerzan control sobre las empresas afectadas.

La notificación como obligación previa a las operaciones de concentración es un instituto originario de EE.UU., creado el 5 de setiembre de 1978 mediante a la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*. Dicho instituto luego fue recogido por las principales legislaciones del primer mundo, siendo adoptado por la Comunidad Económica Europea el 21 de setiembre de 1990 (*Merger Regulation, Regulation 4064/89*).

Tal es la importancia que ha puesto nuestro legislador a esta institución, que la LDC condiciona los efectos jurídicos de los actos ya ejecutados, al cumplimiento del procedimiento de notificación antes descripto. Es decir, los actos ejecutados no tendrán efecto alguno, ni entre las partes ni en relación a terceros, sino hasta tanto no se cumpla de modo completo el procedimiento de notificación.

Conforme lo establece la LDC, la notificación —la cual debe realizarse con los formularios especialmente confeccionados al efecto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia⁽²⁾— deberá efectuarse previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la

(1) *The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, establece que el juzgador, a fin de meritarse si una operación de concentración económica requiere prenotificación, deberá realizar tres tests. En primer lugar, analizará si el posible infractor se encuentra radicado en los EE.UU. o realiza actividades en dicho país. En segundo lugar, evaluará si las*

partes en cuestión tienen la dimensión económica exigida como mínimo por la ley. En tercer y último lugar, se analizará la dimensión económica de la transacción (básicamente, que sea superior a 15 millones de dólares).

(2) En EE.UU., la empresa fusionada debe pagar un *filings fee* de hasta U\$45.000.

oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados.

Notificado el TNDC de la operación en cuestión, el mismo deberá decidir, dentro del plazo establecido en la ley, por (i) autorizar la operación, o (ii) subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo tribunal establezca, o (iii) denegar la autorización. Las decisiones del citado tribunal son apelables ante la Cámara Federal que corresponda.

La LDC establece también que, cuando la concentración económica involucre actividades regladas por el Estado Nacional a través de un ente regulador, el TNDC deberá, previo al dictado de la resolución respectiva, requerir al ente regulador en cuestión a fin de que el mismo dé opinión fundada sobre los efectos que sobre la competencia en el mercado respectivo generaría la concreción de la propuesta de concentración.

Debe tenerse en cuenta que si la operación aprobada por el TNDC no se concretará dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha de aprobación de la operación, expirarán los efectos de la notificación, por lo que, la misma deberá ser realizada otra vez, comenzando de tal modo el proceso nuevamente.

E) *Los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas*

Sin perjuicio del análisis que merezca cada situación en particular, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, mediante la resolución 726/99, ha aprobado los *Lineamientos para el control de las Concentraciones Económicas*, (los "Lineamientos").

En primer lugar, los Lineamientos señalan que a fin de establecer si una concentración limita o no la competencia, es necesario circunscribir el o los mercados que se verán afectados por la misma, distinguiéndose a tal efecto el mercado relevante del producto, en el cual se determi-

nan los productos de los posibles competidores de las empresas que se concentran, y el mercado geográfico relevante, en que se determina la extensión geográfica en que se produce dicha competencia.

Luego de definidos los mercados relevantes, e identificadas las empresas que participan en el mercado relevante, se deberá analizar la posibilidad de aumento de poder de mercado en forma unilateral o coordinada, denegándose la autorización si tal aumento fuere posible. Se analizará asimismo la existencia o no de barreras regulatorias, logísticas, de transporte, etc. a la importación, la existencia o no de posibilidades de ingreso de nuevos competidores, así como la posibilidad de que los propios consumidores operen como límite al poder de mercado.

Seguidamente, y por último, se analizará si con la concentración se logran ganancias de eficiencia productiva, sopesándose en su caso dichas ganancias con los posibles perjuicios que puedan surgir de la operación de concentración.

Cabe tener en cuenta que los Lineamientos aquí explicados sucintamente, contrariamente a lo que establecen otras legislaciones, no condicionan de ningún modo el accionar del organismo de aplicación de la ley, quien podrá utilizar otros métodos o mecanismos tendientes a comprobar la violación de la LDC.

F) *Sanciones*

A diferencia de la anterior ley de defensa de la competencia, la LDC elimina de su articulado la pena de prisión —de 1 a 6 años— que resultaba aplicable incluso a las personas de existencia ideal (claro que en estas últimas en la persona de los miembros del consejo de administración, síndicos, etc.).

Así pues, la primera sanción que establece la LDC en caso de no cumplimiento de sus disposiciones es el cese de los actos o conductas prohibidas. Asimismo, la LDC establece una multa de \$10.000 a \$150.000.000, la cual será

graduada por el TNDC en base al perjuicio producido, como así también al beneficio obtenido ilícitamente, duplicándose la multa en caso de reincidencia.

En cuanto a la falta de cumplimiento de la obligación de notificar descripta más arriba, como asimismo para el incumplimiento de la orden de cese o abstención en la actividad anticompetitiva, la LDC establece la imposición de una multa diaria de \$1.000.000 diarios, la cual será aplicada desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple la orden de cese o abstención.

Es novedoso también en la LDC, el otorgamiento de ilimitadas facultades al TNDC, a fin de que el mismo tome medidas y establezca condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia, pudiendo también solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas.

Por último, la LDC establece la responsabilidad solidaria de los administradores, síndicos y demás representantes legales de las empresas infractoras, siempre que por acción u omisión de los mismos de sus deberes de control, supervisión y vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. La LDC incluso prevé la imposición como sanción complementaria, de la pena de inhabilitación de las personas antes indicadas para ejercer el comercio por hasta diez años.

G) *El Veto parcial del Poder Ejecutivo*

La LDC, tal cual como fue promulgada y rige en la actualidad, es diferente al proyecto sancionado en el Congreso. En efecto, a raíz de ejercicio del derecho de veto, el Poder Ejecutivo observó ocho artículos de dicho proyecto, promulgando de ese modo un texto con algunas omisiones con respecto al proyecto saliente del Congreso.

Así pues, del art. 8° de la LDC, se eliminó como causa de la obligación de notificar al TNDC, el

criterio dado por la participación de empresas en la operación de concentración económica que impliquen un 25% o más del mercado relevante, o una participación sustancial del mismo, permaneciendo solamente el criterio del volumen de negocios. De este modo, se limitó el alcance de la NDLC a sectores empresarios de alto nivel productivo, prescindiendo de combatir los monopolios de pequeñas o medianas empresas.

Se ha eliminado también el término máximo establecido para la expedición del informe y opinión fundada del ente regulatorio correspondiente, acerca de la propuesta de concentración económica presentada al TNDC. En el proyecto, se establecía acertadamente un término de 90 días, finalizados los cuales sin que se haya producido el pronunciamiento respectivo, se consideraba que el ente en cuestión no tenía observaciones. Sin embargo, el vacío normativo causado por la observación comentada, fue subsanado por vía reglamentaria (art. 6°, resolución 726/99 de la Secretaría de Industria y Comercio), en donde se estableció un término de 30 días como máximo, transcurridos los cuales se produce el mismo efecto estipulado en el proyecto.

El Poder Ejecutivo también ha observado el inciso del art. 28 referido a la posibilidad de realizar las denuncias de modo anónimo, generando tal eliminación otra significativa e importante limitación a la aplicabilidad y eficacia de la ley.

II

De lege ferenda

H) *El control en la constitución en las agrupaciones empresarias*

La ley de Sociedades Comerciales prevé en su art. 369, la remisión por parte del Registro Público de Comercio que entienda en la constitución de la agrupación, la remisión de una copia del contrato inscripto a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Esta sola y desnuda previsión, no contiene reglamentación alguna y de hecho, por lo menos en

la Capital Federal donde actúa la Inspección General de Justicia, no se ha cumplido nunca⁽³⁾.

La importancia de un control eficaz a las agrupaciones empresarias radica en que éstas muchas veces incentivan la propensión a abusar del poder económico, llegando hasta la ilicitud monopolística y agrediendo impunemente el libre juego de la concurrencia⁽⁴⁾.

Visto la inoperancia de la previsión normativa antes referida, hubiera sido importante que la

LDC contemplara expresamente el instituto de la notificación previa también para el caso de las Agrupaciones de Colaboración Empresaria y las Uniones Transitorias de Empresas reguladas en la Ley de Sociedades Comerciales, *joint ventures* y otras asociaciones empresarias⁽⁵⁾.

En efecto, estas alianzas empresarias entre competidores, casi siempre se encuentran en la frontera de la licitud y de las prácticas anticompetitivas. Muchas veces estas agrupaciones utilizan dichas estructuras asociativas solamente para ocultar detrás de ellas verdaderos *trust*. ■

(3) VERÓN, ALBERTO, *Sociedades Comerciales*, 1987, t. 4, en pág. 369 dice: "La norma en examen no impuso la comunicación obligatoria de los contratos de *unión transitoria de empresas* a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, lo cual es inexplicable, ya que no hay argumento económico de peso que habilite suponer que tal unión

no tendría consecuencias perjudiciales para la competencia".

(4) VERÓN, ALBERTO, *Sociedades Comerciales*, 1987, t. 4, pág. 898 y ss.

(5) "The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 establece la obligación de prenotificar también para los *joint ventures*."