

CAPÍTULO 7

PROPUESTA DE POLÍTICAS EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La competencia es condición para un eficiente funcionamiento del mercado. Es por lo tanto una responsabilidad del Estado prevenir la formación de monopolios si éstos no tuvieran una razón natural o técnica, y subsanar los abusos de posiciones dominantes de mercado.

La competencia doméstica o externa es el camino eficaz para evitar lo que se denominan fallas del mercado. No obstante, aun habiendo suficiente concurrencia local o externa, éstas pueden originarse en restricciones informativas, captura de los reguladores por parte de intereses, u otras causas.

Más importante que proveer una definición taxativa de cuándo y cómo intervendrá el Estado para asegurar competencia, resulta fundamental acertar en el criterio y las formas de dicha intervención.

Como norma general, el funcionamiento de los mercados estará regido por la interacción de sus respectivas ofertas y demandas.

Esto es, serán las decisiones de los agentes privados, oferentes y demandantes, los que acuerden sin interferencias los términos de los contratos que vinculan sus relaciones. En ese contexto es de esperar que la vasta mayoría de los bienes y servicios que componen la oferta agregada a nivel país, sea el resultado de decisiones correspondientes al ámbito privado.

En estos mercados, el Estado deberá preocuparse por brindar el marco apropiado que invite a oferentes y demandantes a desarrollar sus actividades de manera tal que la sociedad termine haciendo uso de sus recursos de la forma más eficiente que la tecnología disponible permita, aplicando el concepto de subsidiaridad.

En la medida en que existan o subsistan fallas del mercado generadas por externalidades, monopolios naturales o información asimétrica, que afecten la eficiencia tanto en el uso de recursos como en la producción de bienes o servicios, la intervención del Estado mediante regulaciones de precios o de otro tipo igualmente deberá estar guiada por el concepto de subsidiaridad, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) No cualquier intervención pública es eficiente para corregir la falla o es mejor a la no intervención;
- b) Formas de intervención tales como provisión directa de bienes públicos, impuestos o subsidios ante fuertes externalidades, con prohibiciones en casos de alto costo irreversible, regulaciones económicas acotando el poder del mercado ante monopolios naturales en servicios públicos, información y protección al consumidor para defender la lealtad comercial, y defensa de la competencia ante el ejercicio inapropiado del poder de mercado, son parte, si se definen e implementan correctamente, de una política moderna, respetuosa y consciente de las virtudes y limitaciones de la iniciativa privada.

En todo caso, la intervención del Estado sólo se justificará por el período de tiempo necesario para corregir la falla detectada. El criterio para elegir el mecanismo corrector deberá hacerse teniendo en cuenta la mayor automaticidad en su eliminación una vez que la falla desapareciere. Por lo tanto, si existe algún mercado que demande una permanente intervención estatal, ello será indicativo de alguna cuestión estructural que requerirá medidas regulatorias e instituciones sectoriales específicas.

Defensa de la Competencia

La defensa institucional de la competencia en la Argentina ha tenido períodos de fuerte contraste. Ha pasado por cuatro periodos:

- 1) las leyes 11.210 y 12.906 de enfoque solamente penal;
- 2) la ley 22.262 que seguía los lineamientos de la legislación europea;
- 3) ley 25.156, que entre 1999 y 2004 se aplicó con mayor énfasis en el análisis de las concentraciones económicas, con un criterio técnico razonable;
- 4) esa misma ley que a partir del 2004 fue sujeta en forma creciente a una politización de las decisiones.

La ley 25.156 de Defensa de la Competencia y sus disposiciones, resoluciones y decretos reglamentarios, legisla sobre actos o conductas que restringen la competencia o que constituyen un abuso de posición dominante y por lo tanto son contrarios al interés de los consumidores.¹

¹ Para la ley, interés económico general puede interpretarse como sinónimo de la sumatoria del Excedente del Consumidor y el Excedente del Productor; en la aplicación de la ley, y coincidiendo con una tendencia bastante generalizada internacionalmente, sin embargo, existe una prioridad por el Excedente del Consumidor.

El art. 6 incorpora la figura de Fusiones y Adquisiciones.² Por el art. 13, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia puede: a) autorizar; b) denegar; c) subordinar una fusión o adquisición a condiciones que el mismo Tribunal establece.

El art. 17 creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como ente autárquico. Este Tribunal no está aún integrado y en consecuencia es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dependiente de la Secretaría de Comercio, la que sigue resolviendo y dictaminando, aún en casos en que son acciones estatales las que generan la causa correspondiente. Esta dependencia del Tribunal o de la Comisión, de un órgano del Poder Ejecutivo, ha demostrado en la experiencia argentina una clara sujeción a presiones políticas, intereses, e incluso corrupción. Por este motivo consideramos necesaria una modificación fundamental. Trasladar la dependencia del Tribunal de Defensa de la Competencia al Poder Judicial, dentro del Fuero Civil y Comercial Federal. Volvemos más adelante sobre esto.

Una primera característica de la ley 25.156 es que prevé la prohibición y penalización de conductas comerciales cuya intención –aún si se tratase de intentos fallidos- sea distorsionar y dañar la competencia o bien abusar de una posición dominante. Concretamente, se penaliza el “objeto o efecto” de las conductas.³

Esta atribución de intencionalidad puede dar lugar a acusaciones discrecionales y su ambigüedad puede resultar costosa socialmente. Esto también es cierto para las fusiones, ya que están prohibidas las concentraciones que tengan por “objeto o efecto” reducir la competencia y puedan resultar en perjuicio del interés general, con lo cual –según sea el criterio del Tribunal- sería posible la penalización de intenciones subjetivamente evaluadas y resultados potenciales con sólo la probabilidad de contener daño significativo. En particular, aunque bien deben darse conjuntamente la intencionalidad y la posibilidad de crear un perjuicio a los consumidores, no puede descartarse que el Tribunal concluya que de la intencionalidad de reducir la competencia se deduce que el daño resultante es inevitable.

El control previo de fusiones y adquisiciones resulta bastante engorroso no exponiéndose mecanismos ágiles de evaluación y además es

² Esta incorporación es la modificación más trascendente por sobre su antecesora la 22.262.

³ En la anterior ley 22.262, en cambio, se penalizaban las conductas que pudieran generar estos efectos, pero sin hacer mención a la intencionalidad de quien las aplica.

muy amplio el universo de operaciones sujetas a aprobación.⁴ Deberán actualizarse los montos por sobre los cuales una operación de compra o fusión debe someterse al proceso a fin de eliminar los casos irrelevantes. De todas maneras la aprobación formal o automática de una fusión, no implica que la empresa luego tenga vía libre para abusar de su eventual posición de mercado. El Tribunal retiene la facultad de actuar frente a todo tipo de abuso de posición dominante. Esto reduce el riesgo de cometer el error de aprobar fusiones que debieron haberse rechazado y debiera flexibilizar y agilizar el procedimiento de aprobación previa.⁵ Creemos que no debiera requerirse la actuación del tribunal en las fusiones y adquisiciones de bancos y compañías de seguros, para los que rige la exigencia de aprobación por parte del Banco Central o la Superintendencia de Seguros. De hecho, la Comisión de Defensa de la Competencia ha aprobado las operaciones cuando la autoridad regulatoria lo ha hecho.

La ley vigente permite extender el ámbito de atribuciones del Tribunal a los servicios públicos. Consideramos que esto es positivo.

Nunca se estableció el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

⁴ Hasta el mes de marzo del 2001, las fusiones debían contar con la aprobación del TNDC cuando el “volumen del negocio” conjunto de las empresas (interpretable como ventas agregadas) fuese superior a \$200 millones y el “volumen mundial del negocio” fuese mayor a \$2.500 millones. La experiencia de la CNDC durante el año 2000, en el cual se vio desbordada por la nueva tarea emergente, confirmó este riesgo. La reforma de la ley por medio del decreto 396/91 del 1 de abril del 2001, resolvió este problema al definir que la notificación de una operación sólo es obligatoria si su monto –o el valor de los activos transferidos o involucrados- supera los \$20 millones, eliminando además el volumen mundial del negocio como parámetro. Bajo el presente contexto, estas cifras deberán ser fuertemente actualizadas.

⁵ El TNDC recibe también facultades sancionatorias ante el incumplimiento de la ley. Al “cese de conducta” disponible hasta ahora, se suma la facultad de indicar la adopción de nuevas conductas. En particular, si el TNDC detecta actos anticompetitivos o abuso de posición dominante, o la adquisición de una posición monopólica u oligopólica violando la ley, puede pedir la división de activos (“divestiture”) al juez competente. Por otra parte, el TNDC debe aplicar multas considerando los efectos, las intenciones, la reincidencia y la capacidad económica de las empresas sancionadas, nuevamente permitiendo un grado muy amplio de discrecionalidad, al tiempo que las intenciones y la capacidad económica no parecen ser relevantes para fijar multas (sólo el daño efectivo y su reiteración lo son).

Solo se llamó a concurso una vez, pero luego se dejó sin efecto. La experiencia es que la dependencia del Poder Ejecutivo ha derivado en una fuerte influencia política en el tratamiento de los casos. Esta experiencia puede repetirse en el futuro cualquiera sea el gobierno de que se trate.

En este contexto, y considerando que la prioridad es la independencia y autoridad de esta herramienta esencial para asegurar un funcionamiento adecuado de los mercados la propuesta es transferir el Tribunal de Defensa de la Competencia al Poder Judicial de la Nación. La alzada (apelaciones) y superintendencia deberán estar a cargo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Ha acumulado experiencia y constituye un tribunal respetado. El personal que se desempeña hoy en la Comisión tendrá garantizado el pase al Poder Judicial de la Nación con la misma jerarquía, antigüedad, remuneración y beneficios y mantendrá las funciones bajo el nuevo ordenamiento y podrá también ingresar a la carrera judicial.

Los nuevos miembros del Tribunal deberían ser designados por concurso conducido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Serán tres miembros (dos economistas y un abogado), mayores de 25 años de edad, con experiencia en la materia. Deben seleccionarse por concurso de antecedentes y oposición. Se les aplicarán las mismas causales de remoción por mal desempeño que a los jueces nacionales ante el Consejo de la Magistratura.

La ley de transferencia al ámbito judicial debería crear la Fiscalía de Investigaciones de Actividades Anticompetitivas. Ella podría estar dentro de la órbita del Ministerio Público como el resto de los fiscales nacionales, o dentro del PEN con dependencia directa del Ministro de Economía. Estaría a su cargo promover ante el Tribunal las denuncias por actos anticompetitivos, intervenir en las denuncias que formulen ante el Tribunal personas físicas o jurídicas y organismos públicos nacionales, provinciales y municipales. También podrá solicitar medidas cautelares que siempre serán otorgadas o denegadas por el Tribunal y apelables sin efecto suspensivo ante la Cámara Federal y podrá actuar en los procesos de concentraciones.

En materia de concentraciones por fusiones o adquisiciones, el procedimiento debe ser distinto al actual. Toda transacción que implique una concentración económica podría llevarse a cabo cuando las partes lo deseen. Solamente deberían presentar a la Fiscalía con carácter confidencial dentro de los 3 días hábiles de firmado el contrato, una copia del mismo y del acuerdo de accionistas o documento que pueda afectar la competencia. La Fiscalía dentro de los 5 días por petición fundada podría solicitar al Tribunal que suspenda la transacción por un plazo de 30 días corridos por entender que puede afectar negativamente un mercado. El Tribunal decide y la decisión es apelable ante la Cámara Federal sin efecto

suspensivo. Si no hay presentación de la Fiscalía ante el Tribunal, que se debe notificar simultáneamente a las partes concentrantes, la transacción queda automática y tácitamente perfeccionada. Ello no obsta a que en el futuro la Fiscalía pueda denunciar ante el Tribunal abusos de posición de dominio o actos anticompetitivos. Ello podría ocurrir siempre aunque no haya habido una concentración económica. De esta manera se agilizaría todo el procedimiento porque se aplica el criterio constitucional de que todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido. Se elimina la incertidumbre de actos que pueden ser dejados sin efecto o que no tienen efectos entre partes ni frente a terceros, como sucede actualmente. Se acelera el proceso de inversión y de materialización de sinergias, se reduce la burocracia y se limita la posibilidad de actos corruptos.

La lógica es no prohibir y menos demorar con controles previos. Si el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía cree que hay riesgo de afectar un mercado, puede actuar rápidamente. Si las partes concentrantes tienen temores de que su concentración afecte un mercado pueden cerrar la transacción sujeta a la ausencia de objeciones por la Fiscalía, el Tribunal y la Cámara. Nuevamente el principio es la libertad y si la autoridad cree que hay perjuicios potenciales tiene las herramientas para proceder.

Hay algunas correcciones adicionales que son formales pero que debieran tenerse en cuenta en la modificación de la legislación. Por ejemplo, deben definirse mejor los actos anticompetitivos con las pautas técnicas y el lenguaje de la vieja ley 22.262 y las normas procesales correspondientes para la investigación de tales conductas. La continua desvalorización de la moneda ha llevado el umbral de las transacciones controladas a niveles insólitamente bajos. La cifra deberá actualizarse.

En las operaciones de concentraciones no podrán intervenir como partes más que las empresas concentrantes y la Fiscalía. Las personas físicas y asociaciones civiles o cámaras empresarias podrán presentar informes o responder a pedidos del Tribunal pero no serán parte en el procedimiento.

Las normas procesales, de apelación, de prescripción, etc. deben ser revisadas. Debería ser el Código Procesal Civil y Comercial el que se aplique supletoriamente luego de mejorar las normas procesales propias de la ley, reducirse el plazo de prescripción para aumentar la seguridad jurídica y mantenerse la exclusión de la aplicación de la ley de procedimientos administrativos. La aprobación previa por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia no debería de regir para las fusiones y adquisiciones de entidades financieras y compañías de seguros. En estos casos ya se requiere la aprobación del Banco central y de la Superintendencia de

Seguros, respectivamente. Actualmente de hecho la aprobación se otorga cuando estos entes la producen previamente.