



La Nueva Ley de Competencia en Argentina: Modernización del régimen de competencia argentino

By Federico Rossi ¹
(Allende & Brea)



CPI COMPETITION POLICY
INTERNATIONAL

Copyright © 2015

Competition Policy International, Inc. For more information visit CompetitionPolicyInternational.com

May, 2018

El 15 de mayo de 2018, el presidente de Argentina puso en vigor una nueva Ley de Competencia,² la cual implica una total renovación del régimen legal de la competencia en Argentina. La propuesta de ley que llevó a la aprobación de la Ley No. 27,442 (la "Nueva ley de Competencia") fue presentada por el partido gobernante, recibiendo opiniones y comentarios de un amplio rango de sectores y personas interesadas, incluyendo la autoridad argentina de competencia, instituciones inter-gubernamentales (como la OCDE o el Banco Mundial,) la International Bar Association³, y el American Bar Association.⁴

La nueva ley de competencia entrará en vigor 8 días tras su publicación, es decir, el 23 de mayo de 2018. Posteriormente, el Ejecutivo tendrá 60 días para emitir la regulación de la Nueva Ley de Competencia, a partir de su publicación.

La nueva ley de competencia representa una revisión importante a la ley de competencia existente, promulgada en 1999⁵, con la intención de poner a Argentina al día en términos de las mejores prácticas internacionales en la materia. En términos más amplios, la nueva ley de competencia puede verse como un intento por modernizar el arcaico y desactualizado régimen de competencia argentino.

La nueva ley de competencia contempla cambios significativos, los cuales pueden ser clasificados dentro de 5 categorías generales: (1) la adopción de controles *ex-ante* o pre-fusión, con umbrales más altos para su notificación y periodos de revisión más cortos; (2) la adopción de la presunción de ilegalidad para los cárteles más serios, así como un incremento al monto de las sanciones; (3) la creación del primer programa de clemencia en la historia del país; ciertos cambios para promover la reparación privada de daños en el país, especialmente en cuanto a las demandas de seguimiento; (5) ciertos cambios institucionales, en particular con la creación de una nueva autoridad de competencia con mayor independencia y la creación de un nuevo tribunal especial para la revisión de apelaciones en materia de competencia. Estos cambios serán presentados y discutidos brevemente a continuación.

1. Control de concentraciones

1.1 Implementación de controles pre-fusión. Gun-jumping.

La nueva ley de competencia prevé la implementación de un régimen de control de concentraciones, dentro del cual el cierre⁶ de una transacción sujeta a notificación quedará prohibida, hasta no recibir la aprobación de la Autoridad de Competencia. El nuevo elemento aquí no es la notificación obligatoria, sino el hecho que las partes tendrán obligaciones suspensorias, por lo que no podrán culminar el acuerdo hasta haber obtenido la aprobación en temas de competencia.

¹ Socio senior, oficina de Competencia y Antitrust, Allende & Brea (Argentina). Todos los comentarios y opiniones aquí expresados pertenecen únicamente al autor, y no representan el punto de vista de su despacho legal o de sus clientes. El autor puede ser contactado en el correo fmr@allendebrea.com.ar

² El texto en español de la ley está disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/183602/20180515>

³ La IBA emitió sus comentarios respecto a la ley en septiembre de 2016, disponibles en <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=AB4576E8-D750-4DED-AE82-387F599F6A44> (revisados el 1o de marzo de 2018).

⁴ La ABA emitió sus comentarios respecto a la ley en octubre de 2016, disponibles en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/20161014_comments_salsil_argentine.authcheckdam.pdf (revisados el 1o de marzo de 2018).

⁵ Ley 25,156 de 1999, la cual quedará revocada una vez entre en vigor la Nueva ley de competencia.

⁶ A lo largo de este artículo, el término 'culminación' se utilizará de forma intercambiable con 'cierre' y 'completar' refiriéndose a la última etapa en la firma de un contrato, en el cual los títulos (u otros derechos relevantes) de un negocio o insumo son transferidos de una parte a otra.

Según la nueva ley de competencia, el régimen de control de concentraciones entrará en vigor un año a la fecha de haberse establecido la nueva autoridad de competencia.⁷

Sabidamente, la nueva ley de competencia prevé un periodo de transición para la implementación del nuevo régimen de control previo a las concentraciones, ofreciendo a la nueva autoridad de competencia un periodo de tiempo razonable para alistar el proceso y realizar los ajustes necesarios para facilitar una transición exitosa hacia el régimen *ex-ante*. Por o tanto, el régimen actual post-cierre seguirá en efecto bajo la nueva ley de competencia, siendo abandonado un año después de la creación de la nueva autoridad de competencia argentina. La ley de competencia en sí no da tiempos precisos para la creación de la nueva autoridad, aunque de un punto de vista optimista, se esperaría que el sistema de pre-concentraciones podría activarse hacia finales de 2019.

Según establece el régimen post-concentraciones actual, las partes tienen la autoridad *de facto* para consumir toda transacción sujeta a notificación hasta una semana después de haberse efectuado.

Un régimen de control de concentraciones que permite la culminación de una transacción cuando queda pendiente la autorización por competencia presenta un sinfín de prob⁸lemas, especialmente para la autoridad de competencia y las partes involucradas.

Desde el punto de vista de la autoridad, el problema principal yace en la incapacidad para intervenir de manera *ex ante* para proteger la competencia y evitar que ocurran los efectos anticompetitivos. En aquel sentido, las agencias de competencia que operan regímenes post-cierre enfrentan el reto de "hacer huevos de un omelette", en relación a las transacciones que presentan problemas y los remedios disponibles para restaurar las condiciones de competencia en los mercados afectados.

Del punto de vista de las partes, el problema principal de los regímenes post-cierre es la incertidumbre prolongada a la que quedan expuestas, ya que la agencia de competencia mantiene, a lo largo de todo el proceso, la autoridad para desbaratar una transacción ya consumada. En varias ocasiones la Autoridad de Competencia ha ordenado, incluso tras el paso de varios años, que algún adquirente desinvierta en los negocios o insumos adquiridos. Otra desventaja para este tipo de regímenes es que, una vez ocurrido el cierre de la transacción, ni la autoridad de competencia ni las partes involucradas considerarán la adopción de una decisión como una prioridad, lo cual sirve para alargar mucho los periodos de revisión de concentraciones.

Los factores mencionados arriba, aunados a varios otros,⁹ han contribuido a que la autoridad de competencia en Argentina llegase a tardar, hace no mucho, un promedio de dos

⁷ Artículo 84 de la nueva ley de competencia. A partir de la promulgación de la ley, el Poder Ejecutivo tendrá un máximo de 60 días hábiles para presentar la regulación de la Nueva Ley de Competencia. Treinta días hábiles tras la presentación de la regulación, el Poder Ejecutivo podrá abrir el proceso de pre-selección de los miembros a la nueva autoridad de competencia. Los cambios institucionales que implica la aplicación de la nueva ley serán explicados en la sección 5.1.

⁸ La mayoría de las jurisdicciones con un sistema de control de concentraciones han optado por un régimen *ex-ante*, y los países que aún tienen sistemas post-cierre son cada vez menos. Por ejemplo, Brasil abandonó su régimen post-cierre y lo reemplazó con un sistema de pre-concentraciones, bajo la ley 12,529/11, puesta en vigor el 29 de mayo de 2012. En ese sentido, el International Competition Network aboga por la adopción de regímenes de pre-control, pues "la política de concentraciones funciona de forma *ex ante*" incluso "en donde existen remedios estructurales de manera *ex post*, el deshacer una transacción en la cual una de las partes ha dañado la competencia, puede implicar altos costos económicos. Ver ICN Merger Working Group: Analytical Framework Sub-group, "The Analytical Framework for Merger Control", p. 4, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc333.pdf> (revisado el 4 de Marzo de 2018).

⁹ Particularmente, la autoridad argentina de competencia ha utilizado, hasta hace muy poco, el proceso de control de concentraciones para fines que no están estrictamente relacionados con los fines tradicionales de una ley de competencia, por ejemplo, para luchar contra la inflación al adoptar remedios que obligaran a las partes a no subir sus precios durante cierto periodo de tiempo.

años para resolver las transacciones de rutina, tardando hasta cinco o seis años para presentar su decisión en casos de concentración con problemas de competencia.

La adopción de un régimen de control previo de concentraciones cambiará, necesariamente, la forma en que se realizan las fusiones y concentraciones en Argentina, particularmente en relación con la planeación de los procesos de integración de los negocios y el intercambio de información confidencial entre partes previo a la autorización final.

Una vez adoptado el régimen de control, las partes tendrán prohibido implementar (o tomar cualquier acción destinada a facilitar la implementación) de una transacción, hasta no recibir el visto bueno por parte de la autoridad de competencia argentina. De acuerdo a lo que establece el artículo 9 de la Nueva Ley de Competencia, las concentraciones económicas sujetas a notificación deberán reportarse antes de la culminación o materialización de la adquisición de control efectivo, cual sea que ocurra primero. Además las concentraciones económicas sujetas a notificación no tendrán ningún efecto, entre las partes ni en relación con terceros, hasta que se emita la autorización. Esto implica, de forma importante, que las partes quedarán sujetas a una obligación suspensoria, debiendo evitar la adopción de cualquier medida que, de forma directa o indirecta y prematura, de forma parcial o total, implemente la transacción previamente a la presentación de dicha autorización.

(conocida popularmente, en inglés, como "gun-jumping practices", o de arranque prematuro).¹⁰ En otras palabras, hasta no haberse otorgado la autorización de competencia,¹¹ las partes involucradas en la fusión deberán mantener sus operaciones separadas, determinar su comportamiento comercial independientemente y sin importar su condición de competidores o no.

Las prácticas de arranque prematuro más comúnmente detectadas por las autoridades de competencia en el mundo incluyen las llamadas *inter-alia*: (i) compartir información comercial confidencial entre partes, sin relación a la actividad legítima del negocio o a su planeación;¹² (ii) la consolidación de los negocios o insumos de las partes en proceso de fusión; (iii) la venta conjunta o actividades de mercadeo conjunto en nombre de las partes fusionadas; y (iv) interferir o influenciar la política comercial de la empresa objetivo.

Actualmente las prácticas de "gun-jumping" no son sancionadas en Argentina, y las partes en fusión (con el apoyo de consejeros legales y financieros) concluyen legalmente sus transacciones antes de recibir autorización de competencia. Sin embargo, al momento de entrar en vigor el control de concentraciones *ex-ante*, los empresarios y sus consejeros en Argentina deberán adaptarse al nuevo panorama legal, adoptando mecanismos para evitar las acciones prematuras, como la implementación de equipos de limpia para limitar el intercambio de información. Por lo general, éstos equipos son una herramienta efectiva para controlar y limitar el flujo de información sensible entre partes que se encuentran en proceso de fusión en términos de su temática (i.e. solo aquella información absolutamente necesaria para permitir la planeación correcta del negocio una vez concluido) o los individuos involucrados (i.e. miembros de las partes

¹⁰ De acuerdo al artículo 9, párrafo 3 de la Nueva ley de competencia, a culminación de la adquisición sin contar con autorización previa de la autoridad de competencia argentina quedará invalidada, y sujeta a una sanción. Sin embargo, es razonable pensar que dicho previsto no quedaría limitado estrictamente a la culminación de una transacción *per se*, sino que sería aplicable a cualquier acto o comportamiento de las partes que pudiera implementar la transacción de forma parcial (por ejemplo, al ejercer alguna influencia legal o de facto sobre la actividad comercial del objetivo, antes de tener autorización).

¹¹ En teoría, lo previsto en términos de "gun-jumping" aplica hasta el momento en que la transacción queda consumada, aunque el riesgo de que la agencia de competencia las aplique tras haber dado su aprobación se reduce de forma dramática.

¹² El intercambio de cierta información confidencial (tanto aquella que sea comercialmente sensible como la que no) entre partes en proceso de fusión constituye una conducta de negocios legítima y normal, esencial para la planeación e implementación efectiva de cualquier acuerdo. Sin embargo, incluso con aquel contexto, el intercambio de información sensible no relacionada a las buenas prácticas o planeación de negocios entre competidores será, generalmente, juzgada bajo el marco general de competencia, el cual considera tales conductas como violaciones independientes a la ley de competencia.

en fusión, que no se encuentran involucrados en el manejo día a día de su negocio, y sus consejeros foráneos.

La Nueva Ley de Competencia impone sanciones a la notificación post-cierre y prácticas de "gun-jumping" mediante una multa diaria de hasta el 0.1% de los ingresos diarios del grupo económico infractor o, en caso de no poderse calcular esta cifra, con un monto máximo de hasta AR\$15 millones de pesos (aproximadamente US\$625,000) diarios¹³. Vale la pena aclarar que, incluso dentro del contexto de una transacción, el intercambio de información confidencial no relacionada al uso legítimo o planeación de negocios será juzgada y sancionada bajo el esquema general de conductas anticompetitivas (elaborado más adelante, en la sección 2).

Las autoridades de competencia de todo el mundo mantienen la vigilancia en cuanto a las prácticas de "gun-jumping", y las partes involucradas pueden verse acreedoras de fuertes multas si llegan a incurrir en actividades no permitidas antes del cierre.¹⁴ Con la adopción de un régimen de control previo de concentraciones, es de esperarse que la Autoridad de Competencia Argentina también comenzará a revisar de cerca toda evidencia de prácticas de arranque prematuro entre las partes.

1.2 Incremento en los montos de notificación

Los umbrales para la notificación obligatoria han sido elevados dentro de la Nueva Ley de Competencia, por lo que la misma únicamente se requiere en relación con aquellas transacciones en las que, considerando la relevancia de (i) el flujo interno combinado tanto del comprador como de la empresa objetivo, y (ii) el valor nacional del objetivo (o el valor de la porción nacional de la transacción) deberían ser revisados por la autoridad de competencia, pues podrían tener posibles efectos sobre la competencia.

Bajo el régimen anterior, los umbrales de notificación se expresaban en moneda local. Por ello, y como consecuencia de la devaluación monetaria vivida en Argentina por más de 15 años, se desató la presentación de innumerables transacciones con impactos mínimos sobre la competencia. Bajo el ya-casi-obsoleto viejo régimen, la adquisición de activos con el paupérrimo valor de AR\$20 millones (unos US\$830,000) por parte de un adquirente quien (junto con el objetivo) tuviese ingresos nacionales de AR\$200 millones (aproximadamente US\$8.3 millones) necesitaría notificar de forma obligatoria.¹⁵ Esta notificación de transacciones irrelevantes ha estrangulado los ya de por sí escasos recursos de la Autoridad de Competencia, evitando que ésta se concentre en lo que debiera ser la prioridad para toda autoridad de competencia: el combate a los cárteles.¹⁶ El incremento a los umbrales de notificación propuestos bajo la nueva ley de competencia reducirá el flujo de notificaciones, permitiendo así a la autoridad de competencia que abandone su papel reaccionario y avance hacia una actuación más activa en la persecución de los cárteles económicos.

Bajo la Nueva Ley de Competencia, el límite nacional de ingresos para el comprador y

¹³ Artículo 55, párrafo D) de la Nueva Ley de Competencia. Todos los valores se expresan en US\$ y convertidos utilizando el tipo de cambio válido en su momento: US\$1 = AR\$24

¹⁴ Por ejemplo, a finales de 2016 la autoridad de competencia francesa impuso una multa de €80 millones al operador de telecomunicaciones Altice por haber implementado una transacción antes del cierre. De acuerdo con Altice, sus acciones "fueron realizadas de buena fe, en medio de la incertidumbre legal." El comunicado de prensa de Altice está disponible en http://altice.net/sites/default/files/pdf/20161108_PR_Altice_SFR_ADLC.pdf (revisado el 15 de marzo de 2018)

¹⁵ Cuando la antigua ley de competencia fue aprobada en 1999, estos montos equivalían a US\$20 millones y US\$200 millones, respectivamente. Por tanto, a fecha de hoy, esos umbrales han reducido 20 veces su valor.

¹⁶ La situación, aunque algo distinta, tiene parecido con la ocasión en que la Comisión Europea, antes de la entrada en vigor de la Resolución de Consejo 1/2003, se encontraba saturada por notificaciones de acuerdos para determinar la aplicabilidad de la excepción individual bajo el artículo 101 (3) de la TFUE, lo cual no permitía a la agencia enfocarse en atender las infracciones más serias de competencia.

empresa objetivo combinados será incrementado hasta los AR\$2,000 millones (aproximadamente US\$83.3 millones), mientras que el valor de los activos (o el valor de la porción nacional de los activos) verá su límite elevarse a los AR\$400 millones (unos US\$16.6 millones)¹⁷. Los cambios que vislumbra la Nueva Ley de Competencia servirán para reducir el número de notificaciones, al tiempo que garantiza que las transacciones a revisar valgan la pena, pues podrían incidir significativamente en la competencia. Por demás, tales cambios permitirán a la autoridad de competencia Argentina liberar sus recursos humanos y financieros para enfocarlos en el combate contra los cárteles y en la implementación del programa de clemencia creado por la misma reforma de ley.

Además, la Nueva Ley de Competencia prevé el establecimiento de cobros por presentación de las transacciones sujetas a notificación¹⁸, con un rango de entre AR\$100,000 y AR\$400,000 (entre US\$4,200 y US\$17,000). Más detalles respecto a las primas de presentación (e.g. qué partes quedarían sujetas a estos pagos, la temporalidad de los mismos) deberá determinarlos el Poder Ejecutivo.

En cuanto a los criterios cualitativos utilizados para determinar qué clase de transacción puede considerarse una concentración económica sujeta a notificación, la Nueva Ley de Competencia, acertadamente en mi opinión, no contempla ninguna modificación relevante, pues Argentina cuenta con un sistema bien establecido, modelado tras los conceptos de Regulación de Concentraciones de la Unión Europea para la adquisición de control e influencia determinante. Sin embargo, el régimen carece de claridad en cuanto a ciertos acuerdos de colaboración (e.g. ciertos tipos de empresa conjunta (joint venture) parciales) deberían considerarse como concentraciones sujetas a notificación, por lo que sería recomendable ofrecer mayor claridad en la forma de lineamientos presentados por la autoridad de competencia en un futuro próximo.

1.3 Reducciones al periodo de revisión en transacciones sujetas a notificación

Otro de los objetivos de la Nueva Ley de Competencia es acortar el periodo de revisión del infame régimen de control de concentraciones en Argentina.

La Nueva Ley de Competencia prevé que la Autoridad de Competencia deberá presentar una decisión a no más de 45 días hábiles a partir de la notificación de la transacción, siempre y cuando dicha notificación esté completa y con datos certeros. En casos de transacciones con la posibilidad de afectar los intereses económicos en general¹⁹, éste término puede extenderse hasta por 120 días hábiles adicionales. Por lo tanto, la Nueva Ley de Competencia ofrece un calendario de poco más de 8 meses para que la autoridad de competencia revise toda concentración potencialmente problemática.²⁰

Los términos presentados hasta ahora quedan, sin embargo, sujetos a una importante

¹⁷ Con tal de evitar los efectos de la (desafortunadamente recurrente) devaluación de la moneda argentina, la Nueva Ley de Competencia acierta al contemplar la actualización automática de los montos cada año. Los umbrales de notificación (y el monto de ciertas sanciones jifas) presentado en la Nueva Ley de Competencia quedarán nominados en las llamadas Unidades Flexibles o Móviles, las cuales siguen las fluctuaciones del índice de precios al consumidor publicado por la Oficina Nacional de Estadística de Argentina. En tal sentido, la autoridad de competencia deberá publicar los umbrales actualizados al inicio de cada año (considerando el valor de la Unidad Flexible el último día de cada año), y los cuales seguirán en vigor durante el resto del año.

¹⁸ Artículo 33 de la Nueva Ley de Competencia.

¹⁹ Bajo la antigua ley de competencia, la prueba para determinar tanto las conductas anticompetitivas y las concentraciones era la existencia daños al "interés económico en general". A pesar de no contar con una definición legal, los tribunales han considerado que dicho término es equivalente al "excedente del consumidor." Esta prueba se mantiene dentro de la Nueva Ley de Competencia. Para más comentarios respecto al concepto de interés económico, ver Julian Peña y Federico Rossi, en su capítulo sobre Argentina, en Julián Peña y Marcelo Calliari (eds), *Competition Law in Latin America: A practical guide* (Kluwer Law International, 2016), p. 163.

²⁰ En línea con las mejores prácticas internacionales, la Nueva Ley de Competencia prevé que la autoridad de competencia implemente mecanismos 'fast-track' o de aceleración para lidiar con aquellas transacciones que no presentan riesgos para la competencia.

calificación, pues de acuerdo a la Nueva Ley de Competencia, la autoridad argentina tendrá la facultad, mientras se encuentre revisando transacciones, de solicitar información de las partes en concentración y de terceros, así como solicitar información adicional, lo cual podría suspender el periodo de revisión. Por ello, el término máximo de 8 meses contemplado por la nueva ley podría verse suspendido en varias ocasiones²¹, extendiendo así el periodo de revisión.

Un procedimiento similar para congelar el reloj estaba contemplado en el régimen anterior, en el cual el periodo de revisión únicamente comenzaba tras la determinación, a la discreción de la autoridad de competencia, que la notificación estaba completa y precisa. Invariablemente la autoridad consideraba toda notificación como incompleta, por lo que el tiempo marcado para la revisión nunca comenzaba. El periodo de revisión comenzaba únicamente cuando la autoridad ya había terminado su análisis y despejado todas sus dudas en relación con la transacción siendo revisada. Aquel mecanismo para detener la revisión perjudicó la reputación del sistema de control de concentraciones del país, al ser conocido por sus revisiones discrecionales y de larga duración.

Los nuevos miembros de la Autoridad de Competencia Argentina, quienes ocuparon sus puestos al comienzo de la nueva administración en diciembre de 2015, han reducido de manera sustancial el tiempo que toma la revisión de concentraciones. Sin embargo, el promedio actual permanece muy por encima de los estándares internacionales.²²

La implementación de un sistema de control previo de concentraciones necesariamente presenta varios retos para la Autoridad de Competencia argentina, particularmente en relación con los tiempos de revisión. Su éxito dependerá en gran medida de la habilidad de los miembros de la autoridad, y de su capacidad para aplicar sus nuevas facultades establecidas en la Nueva Ley de Competencia de manera rápida, justa, predecible y sin discreción.

Relatando un precedente útil, tenemos el caso de Brasil y Chile, quienes adoptaron sistemas de control previo de concentraciones en 2012 y 2017 respectivamente,²³ y dado el gran parecido de estos países con Argentina, es recomendable para éste último evaluar la experiencia acumulada por aquellas jurisdicciones vecinas. Particularmente sería útil para Argentina el estudio de la manera en que las autoridades de Brasil y Chile han lidiado con la transición hacia un régimen de control *ex-ante*, con tal de evitar todos los contratiempos posibles al momento de navegar por los mismos mares.

Por ejemplo, antes que Brasil adoptase su sistema de control previo de concentraciones, fue autorizada la contratación de 200 nuevos integrantes para fortalecer la fuerza de trabajo de la autoridad.²⁴ La lógica tras esta decisión era la de equipar a la autoridad de competencia brasileña con los recursos humanos necesarios para enfrentar el nuevo reto de analizar y aprobar las transacciones dentro de un marco de tiempo reducido. De igual manera, Argentina debe juzgar cuidadosamente la carga de trabajo que representa la transición hacia un régimen de control

²¹ Por desgracia, la Nueva Ley de Competencia no establece un límite para el número de veces que puede suspenderse el periodo de revisión por decisión de la Autoridad de Competencia Argentina (ni en cuanto a la duración de dicha suspensión.) A pesar de no tener la forma ideal, sería recomendable que la Autoridad de Competencia emitiera reglas secundarias demarcando límites claros sobre sus facultades para requerir información a las partes de una transacción o a terceros, así como la forma en que esto afectaría la temporalidad de la revisión.

²² "Para finales de 2015 el tiempo promedio para la revisión de fusiones y adquisiciones era de 3.2 años, lo cual se redujo a 1.8 años hacia fines de 2016. Actualmente el periodo promedio para el análisis de nuevas operaciones presentadas a la autoridad es de seis meses". Ver Greco, Quesada y Volujewicz "Argentina: Competition Authority" (Global Competition Review, 18 September 2017)". Disponible en <http://globalcompetitionreview.com/chapter/1147408/argentina-competition-authority> (revisado el 5 de marzo de 2018).

²³ Brasil pasó de un sistema post-cierre bajo la Ley 8,884/94 a un sistema de control previo, bajo la ley 12,529/11. Chile fue de un sistema voluntario de concentraciones a uno obligatorio, instaurado por la Ley 20,945/16, la cual entró en vigor el 1o de junio de 2017.

²⁴ Artículo 121, Ley 12,529/11

previo, y tomar los pasos necesarios para resolver aquellas dificultades antes que se presenten (considerando también la importante cantidad de recursos necesarios para atender la adopción del nuevo programa de clemencia creado por la Ley de Competencia.)

Una vez instalado el sistema de control previo de concentraciones, en caso que la autoridad de competencia fracase en su esfuerzo por terminar la revisión dentro de las fechas establecidas por la nueva ley, el resultado será el retraso de acuerdos y contratos internacionales. En tal caso, las partes involucradas deberán explorar soluciones alternativas para evitar dichos inconvenientes. Por ejemplo, retrasando el cierre del acuerdo en Argentina, o implementando una retirada de bienes Argentinos. Sin embargo, ninguna de éstas soluciones ayudará a mejorar la reputación del sistema de control de concentraciones argentino, ni quedará libre de la incertidumbre que generan las partes en proceso de concentración.

En resumen, es muy bienvenido para todas las partes involucradas (ya sea la Autoridad de Competencia, las partes interesadas en una concentración - tanto nacionales como foráneos -, los consumidores en mercados afectados, y la sociedad civil en general) el abandono de un régimen de control post-cierre lento, ineficiente y discrecional, para avanzar con un régimen de control previo que ayude a prevenir, en un tiempo razonable, aquellas concentraciones que podrían llevar a una distorsión de la competencia y, a su vez, que aumente la certeza legal de las partes involucradas.

2 Conductas anticompetitivas

2.1 Introduciendo la presunción de ilegalidad para cárteles duros

Bajo el antiguo régimen todas las conductas anticompetitivas, incluyendo a los cárteles duros, quedaban sujetos a un análisis de Regla de Razonamiento, por lo que la Autoridad de Competencia Argentina únicamente tenía el deber de probar (i) la existencia de un acuerdo o práctica concertada; (ii) que los supuestos infractores poseen poder de mercado dentro del sector relevante; (iii) que el acuerdo o práctica señalados habría distorsionado la competencia en el mercado relevante; y (iv) que dicha distorsión cuenta con el potencial de afectar negativamente el interés general. Por lo tanto, bajo el antiguo régimen, incluso teniendo la Autoridad de Competencia pruebas humeantes de la existencia de un cártel, era necesario investigar los efectos anticompetitivos de la conducta. Por el contrario, los efectos anticompetitivos de los cárteles suelen considerarse un hecho legal en la mayoría de las jurisdicciones.²⁵

La Nueva Ley de Competencia, afortunadamente, contempla la adopción de la presunción de ilegalidad para ciertas conductas anticompetitivas, identificadas por el artículo 2 como "prácticas absolutamente restrictivas a la competencia". Esto incluye acuerdos entre competidores relativos a la fijación de precios, fijación de producción, reparto de clientes y territorios, y manipulación de licitaciones.²⁶ Dicha presunción le restaría a la Autoridad de Competencia la pesada carga de comprobar que ciertos tipos de acuerdos entre competidores han tenido efectos anticompetitivos, limitándose en cambio a comprobar que el acuerdo o práctica concertada fue materializada, y que los supuestos infractores son en verdad imputables

²⁵ La fuerte carga de comprobación que pesa sobre la Autoridad, aunado al uso poco frecuente de las visitas de inspección, así como el hecho que el gobierno anterior promovió acuerdos *de facto* entre competidores, son algunos de los factores que explican el porqué de la escasa aplicación de la ley contra los cárteles por parte de la Autoridad de Competencia bajo el antiguo régimen.

²⁶ El ámbito del concepto de "prácticas absolutamente restrictivas a la competencia" es parecido a la definición de cárteles utilizada por la OCDE, en la cual los cárteles representan "un acuerdo anticompetitivo, prácticas concertadas anticompetitivas, o acuerdos anticompetitivos entre competidores para fijar precios, presentar licitaciones manipuladas (subastas colusivas), establecer restricciones o cuotas de producción, y compartir o dividirse mercados mediante el reparto de clientes, proveedores, territorios y líneas comerciales". Ver OECD, "Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels" (1998) 2.

por dichas conductas.²⁷

El alcance de la presunción de ilegalidad no queda establecido claramente en la Nueva Ley de Competencia, la cual únicamente menciona que ciertos acuerdos entre competidores se consideran "prácticas absolutamente restrictivas de la competencia" y "se asume que afectan el interés económico general."²⁸

Los dos sistemas de análisis de acuerdos horizontales más populares son aquellos adoptados por Estados Unidos (i.e. el estándar de ilegalidad *per se*) y por la Unión Europea (i.e. infracción por noción de objeto). Bajo el sistema estadounidense, ciertas conductas determinadas por los tribunales se consideran ilegales *per se* y, en caso de comprobarse que dicha conducta tuvo lugar, las partes involucradas no podrán presentar justificación alguna por ello. Es distinto el acercamiento de la Unión Europea, en el cual ciertas conductas son consideradas adversas para la competencia, pero las partes acusadas pueden aún así presentar una justificación bajo el artículo 101(03) TFUE.

La Nueva Ley de Competencia no ofrece más información en cuanto al alcance de la nueva presunción de ilegalidad, particularmente en el sentido de si el sistema argentino se asemejaría más a aquel de Estados Unidos o al de la Unión Europea. Es de esperarse que la manera en que el Poder Ejecutivo regule la Nueva Ley de Competencia nos revelará algo acerca del funcionamiento esperado de esta presunción. Sin embargo, a fin de cuentas, serán las cortes quienes determinarán cual fue la intención del Congreso al momento de asumir la presunción de ilegalidad.

No obstante la falta de indicaciones dentro del estatuto legal, podríamos argumentar que la Nueva Ley de Competencia tiene más en común con el punto de vista europeo, y que su presunción de ilegalidad también podrá cuestionarse. Hay dos argumentos que apoyan esta aseveración:

Primero, las presunciones *juris et de jure*, o incuestionables, son la excepción en la Ley argentina, y por lo general las leyes deben especificar cuando cierta presunción no puede ser cuestionada (por ejemplo, declarando que dicha presunción no admite evidencia contraria.) Nada de lo que se encuentra redactado en el artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia nos indica que la figura de presunción ahí creada sea de carácter incuestionable, por lo que podemos concluir que los supuestos infractores tendrán la oportunidad de presentar evidencia y justificaciones con el fin de cuestionar la aseveración de que su conducta es anticompetitiva y afecta el interés económico general. En esencia la presunción de ilegalidad que contiene el artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia podría operar como un mecanismo para aliviar la carga de la Autoridad de Competencia, al evitarle la obligación legal de comprobar que un cártel detectado haya tenido verdaderos efectos anticompetitivos. Dichos efectos suelen también asumirse legalmente, y la carga de comprobación se transfiere hacia los supuestos infractores, quienes tendrían la oportunidad de demostrar que los acuerdos imputados no han provocado efectos anticompetitivos. Está sin más decir, que la posibilidad de argumentar exitosamente que un cártel no ha tenido ningún efecto negativo sobre la competencia y así invalidar la presunción de ilegalidad, es bastante remota.

En segundo lugar, y quizás más importante aún, el artículo 29 de la Nueva Ley de

²⁷ A pesar de la adopción de la presunción de ilegalidad para los cárteles, la tarea de la Autoridad de Competencia Argentina no se limitará únicamente a comprobar la existencia del cártel y la participación en el mismo de los infractores, sino que requerirá, en ciertos casos, de una definición y cuantificación de los mercados relevantes, con tal de permitir y justificar el cálculo de las sanciones y facilitar el seguimiento de los pagos de compensación.

²⁸ Artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia.

Competencia (detallado más adelante) declara que la Autoridad de Competencia argentina podrá autorizar a ciertos acuerdos de tipo horizontal, que a pesar de verse incluidos bajo el artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia, y por tanto considerarse anticompetitivos, no afectan el interés económico general. Por lo tanto, podría decirse que no todos los acuerdos horizontales que entran bajo los supuestos del artículo 2 de la Nueva Ley necesaria e invariablemente tengan efectos negativos sobre el interés económico general, por lo que es posible que las partes ofrezcan alguna justificación para su acuerdo horizontal. En otras palabras, el Artículo 29 excluiría las interpretaciones del artículo 2 como irrefutables, o como la creación de una infracción *per se*. Por ejemplo, los supuestos infractores podrían decir que su acuerdo, a pesar de ser anticompetitivo a *prima facie*, en realidad tiene efectos neutros o incluso positivos sobre la competencia, por lo que no han causado perjuicios al interés económico general. Bajo esta interpretación podríamos encontrar varios acuerdos de colaboración entre competidores que, a pesar de limitar la competencia hasta cierto punto, permiten la aparición de efectos pro-competencia más importantes e incluyentes (por ejemplo, las empresas conjuntas entre competidores para lanzar un producto innovador, que podría requerir ciertos elementos de restricción de la competencia.)

Por otro lado, encontramos argumentos a favor de considerar que la presunción legal del artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia genera una nueva infracción *per se*, por lo que se presume como irrefutable. Primero, encontramos que la presunción aplica únicamente en casos de "prácticas absolutamente restrictivas para la competencia", por lo que la redacción misma del término sugiere que estas prácticas, sin excepción, afectan negativamente a la competencia. Segundo, la ley en México presenta un lenguaje similar (ie. las llamadas "prácticas monopólicas absolutas")²⁹, el cual se interpreta como una infracción *per se*.

Como hemos mencionado, sin importar cómo interprete la Autoridad de Competencia la figura de presunción de ilegalidad en el artículo 2, el tema probablemente deberá ser aclarado en tribunales.

2.2 Conductas anticompetitivas sin presunción de ilegalidad

Todas las conductas anticompetitivas que no caen bajo la categoría limitada de "prácticas absolutamente restrictivas a la competencia" del artículo 2 en la Nueva Ley de Competencia deberán ser analizadas de acuerdo a las reglas del viejo sistema (i.e. reglas de razonamiento), obligando a la Autoridad de Competencia a comprobar que la conducta señalada ha tenido efectos anticompetitivos, así como la posibilidad de afectar el interés económico general.

En este sentido, la Nueva Ley de Competencia evita de forma evidente la presunción de efectos anticompetitivos para ciertas conductas nombradas en el artículo 2, las cuales tendrían que ser analizadas bajo la regla de la razón. En particular, el mantenimiento de precios de reventa, y "acuerdos para limitar o controlar el desarrollo o inversión en tecnología."³⁰

En cuanto al mantenimiento de precios de reventa, vale la pena mencionar que dicha conducta supone una restricción de objeto de la competencia bajo la ley de competencia de la Unión Europea, mientras que bajo las leyes de EEUU dicha conducta se analiza bajo reglas de la razón. La Nueva Ley de Competencia parece haber optado por el punto de vista más clemente en cuanto a la consideración de mantenimiento de precios de reventa, adoptado en EEUU a partir del caso *Leegin*, en 2007³¹, por lo que la Autoridad de Competencia argentina tendrá la obligación

²⁹ Ley Federal de Competencia Económica de México, Artículo 53.

³⁰ Artículo 3, párrafo (c) de la Nueva Ley de Competencia.

³¹ Corte Suprema de EEUU *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

de demostrar los efectos anticompetitivos de dichos acuerdos.

Algo que podría atraer aún más críticas a la Nueva Ley de Competencia es su posición de no-presunción de los efectos anticompetitivos en acuerdos para limitar el desarrollo tecnológico. Bajo esta categoría podrían entrar los llamados acuerdos "pay-for-delay" (pago por retraso), o el pago en reversa de acuerdos de patentes, los cuales restringen o retrasan la llegada de opciones genéricas al mercado farmacéutico a cambio de algún beneficio transferido por parte del creador (i.e. el dueño de la patente próxima a expirar) hacia el productor de genéricos. Bajo la ley de competencia de la Unión Europea, tales acuerdos son considerados restricciones de objeto para la competencia³², mientras que en EEUU son analizados bajo la regla de la razón.³³ La Nueva Ley de Competencia ha tomado el lado más clemente, menos intervencionista, de los EEUU. Por tanto, la Autoridad de Competencia de Argentina deberá comprobar los efectos anticompetitivos en caso de querer eliminar acuerdos "pay-for-delay" o cualquier otro acuerdo que limite o controle el desarrollo o inversión tecnológica, incluso entre competidores.³⁴

Otra modificación presentada por la Nueva Ley de Competencia es que la Autoridad de Competencia podrá emitir "permisos" para establecer acuerdos horizontales que caigan dentro del artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia (i.e. prácticas consideradas "absolutamente restrictivas para la competencia"), pero que a su discreción podrían no afectar el interés económico general.³⁵ El lenguaje utilizado por la Nueva Ley de Competencia sugiere que dicho sistema de permisos sería de carácter voluntario, utilizado para que las partes de un acuerdo horizontal, que *prima facie* se consideraría anticompetitivo, puedan exentarse de la aplicación del artículo 2, pues a final de cuentas no afecta negativamente el interés económico general. Por ejemplo, podríamos pensar en casos en que las eficiencias o efectos pro-competencia de un acuerdo rebasan considerablemente sus efectos anticompetitivos, o en el que existen varias justificantes objetivas para explicar dicho acuerdo. La Nueva Ley de Competencia limita el alcance de los acuerdos para los cuales se podrá pedir consejo por parte de la Autoridad de Competencia, ya que el sistema de permisos únicamente estaría disponible para acuerdos entre competidores bajo el artículo 2, más no para acuerdos y conductas en el artículo 3 de la Nueva Ley de Competencia.

La Nueva Ley de Competencia no ofrece más información respecto al funcionamiento del sistema de permisos. Por ejemplo, no se establece si el permiso deberá obtenerse antes o después de establecer el acuerdo, aunque el uso de la palabra "permiso" sugiere que debiera otorgarse antes de concretarse el acuerdo. No se establecen fechas límite para la notificación de los acuerdos. Aún más, la cuestión de si dicho sistema involucraría (i) permisos individuales o colectivos/grupales (o ambos); y (ii) permisos explícitos o tácitos; no ha sido resuelta dentro del texto de la Nueva Ley de Competencia.

La Nueva Ley de Competencia cuenta con un nuevo integrante a su repertorio de conductas anticompetitivas: directores inter-conectados, lo cual se describe como "la participación simultánea de un individuo en posiciones ejecutivas relevantes o puestos directivos

³² La forma en que la UE ha descrito los acuerdos "pay-for-delay" como restricciones de objeto de la competencia ha sido ratificada por el Tribunal General de la UE, con su decisión *Lundbeck* de Septiembre de 2016 (caso T-472/13 *Lundbeck v. Commission*). La decisión ha sido retardada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³³ Corte Suprema de EEUU, *FTC v. Actavis, Inc.* 570 U.S. 133 S. Ct. 2223 (2013).

³⁴ También podríamos recordar en el ya-común caso de un acuerdo entre competidores buscando instaurar un estándar en la industria, con la intención de eliminar a un competidor en particular.

³⁵ Artículo 29 de la Nueva Ley de Competencia. El "sistema de permisos" contemplado se asemeja a aquel que fue establecido por la Unión Europea bajo la ahora extinta Regulación de Consejo 17 en 1962, mediante la cual las partes de un acuerdo habrían de presentar una notificación a la Comisión Europea para aclarar si dicho acuerdo quedaría exento de la aplicación del artículo 81 (1) del TFUE, pues cumplía con las condiciones supuestas en el artículo 81 (3) del TFUE.

dentro de dos o más empresas competidoras."³⁶ No obstante que dicha conducta estuviese ya prohibida bajo el régimen anterior, siempre que ésta involucrase el intercambio de información confidencial entre competidores con la intención de manipular precios, cuotas u otras condicionantes a la competencia, la Nueva Ley de Competencia refuerza la prohibición al incluirla explícitamente dentro de la lista no-exhaustiva de conductas anti-competitivas. Con la promulgación de la Nueva Ley de Competencia, las empresas e individuos que posiblemente caigan bajo el alcance de la nueva prohibición a directivos inter-conectados deberían buscar consejos legales en torno a si la suya se considera una "posición ejecutiva relevante" y, en segundo lugar, si las empresas para las cuales trabajan podrían considerarse competidores. Además en caso de cumplirse dichas condiciones, deberá analizarse si tales conductas pueden llevar a una distorsión del mercado con la posibilidad de afectar al interés económico general. Como sucede en todas las prácticas que no caen bajo la "restricción absoluta de la competencia", la obligación de comprobar que dichas conductas distorsionan a la competencia y afectan al interés público general recae sobre la Autoridad de Competencia Argentina.

Estos cambios son bienvenidos, pues llevan a Argentina -dentro de lo posible - a alinearse con las mejores prácticas a nivel internacional en cuestión de competencia, especialmente en lo que respecta a cárteles. Sin embargo, el intercambio de información entre competidores preocupados por los precios o cantidades en el futuro deberían haber sido incluidos dentro del catálogo de conductas para las cuales se presume la ilegalidad.³⁷ En buena parte de los casos, la única evidencia de un cártel que logra obtener la agencia de competencia es la habilidad de intercambiar información parcial o incompleta entre competidores, además de haber, al contrario de la evidencia detallada y completa que se presenta para la formación de un cártel. Bajo la Ley de Competencia de la Unión Europea, los intercambios entre competidores que se relacionan con cantidades y precios del futuro suelen enrentar restricciones de objeto sobre ciertos contenedores. No habrá por qué comprobar los efectos anticompetitivos de esto³⁸. La adopción de dicho punto de vista en la nueva Ley de Competencia de Argentina sería recomendable, y no trajo consigo los resultados de cualquier ahorro por parte de los técnicos de seguridad, pues tendrían la habilidad de refutar la presunción de ilegalidad y demostrar que no todos los intercambios de información son anticompetitivos.

2.3 Incremento a sanciones por conductas anticompetitivas

Multas más severas y con mayor poder de disuasión para las conductas anticompetitivas también son elementos contemplados por la Nueva Ley de Competencia, lo cual implica el abandono de los montos máximos fijados por la administración pasada (establecido sobre AR\$150 millones, unos US\$6.25 millones).

De acuerdo a la Nueva Ley de Competencia, las multas por conductas anticompetitivas se calcularán a partir de quien sea que obtenga la puntuación más alta en los siguientes métodos: (i) hasta el 30% del ingreso del producto al cual se relaciona la infracción, durante el año fiscal en curso y multiplicado por el número de años de infracción. El monto final no puede sobrepasar el 30% de las ganancias consolidadas alcanzadas por el grupo económico aliado a Argentina, o durane su último año fiscal; y (II) el doble de los beneficios económicos derivados del acuerdo. En caso de no poder sentar bases usando los métodos establecidos para (i) y (ii), entonces las

³⁶ Artículo 3, párrafo (i) de la Nueva Ley de Competencia.

³⁷ La Nueva Ley de Competencia únicamente se refiere al intercambio de información en el artículo 3, en el cual se lista tanto las conductas unilaterales como las prácticas concertadas para las que aplica la presunción de ilegalidad del artículo 2.

³⁸ Intercambios de información entre individuos o competidores en cuanto a los futuros precios o cantidades deberán ser considerados como restricciones de la competencia. Además, los intercambios privados entre competidores de sus intenciones individuales en cuanto a precios y cantidades sería considerado como una infracción, pues suelen tener como efecto la fijación de precios y cantidades..." Lineamientos de la Comisión Europea para la aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respecto a los acuerdos de cooperación horizontales, Pp. 74.

multas aplicadas a cada participante no deberán ser mayores a AR, 4000 millones (aproximadamente US\$167 millones).³⁹

Las multas se verían duplicadas en caso de reincidencia para quienes hayan sido procesados por conductas anticompetitivas en los últimos 10 años.

El incremento al monto máximo de las multas que contempla la Nueva Ley de Competencia es digna de alabanza, pues construye un pilar indispensable para disuadir y sancionar las conductas anticompetitivas, mientras que el antiguo régimen ésto no se logró, con las empresas considerando seriamente los beneficios de la cartelización.

A pesar de las modificaciones legales positivas, el efecto de disuasión esperado, así como la eficiencia de todo el régimen de sanciones, podría verse afectado por el hecho de que la obstrucción a las investigaciones (particularmente en referencia la realización de visitas de inspección) quedaría multada bajo la Nueva Ley de Competencia, con montos ínfimos desde los AR\$10,000 (unos US\$420 dólares) al día.⁴⁰ Por lo tanto, una empresa siendo inspeccionada por la Autoridad de Competencia podría decidir no cooperar con la inspección, considerando que los posibles beneficios (provenientes de, digamos, destruir toda la evidencia culposa) podría exceder los costos (i.e. multas diarias de hasta US\$420).⁴¹ Para evitar que las empresas circunvalen las intenciones de la ley, las reglas de competencia de otras jurisdicciones asignan sanciones muy severas a las empresas que se rehúsen a cooperar con las visitas de inspección. Por ejemplo,⁴² la Ley de la UE establece multas de hasta el 1% de los ingresos totales de la empresa que se rehúse a someterse a investigación, además de prever la posibilidad de aplicar pagos de castigo periódicos⁴³ (de hasta el 5% de los ingresos promedio de la empresa) para obligar a las empresas rehacias a que se sometan a una inspección. Sería recomendable que la Nueva Ley de Competencia explicara ésta pequeña omisión, incrementando las multas o rehusándose a cooperar con las inspecciones de la Autoridad de Competencia argentina.⁴⁴

3. Presentación de un programa de clemencia

La Nueva Ley de Competencia crea el primer programa de clemencia en la historia de Argentina. Al contrario de la adopción de un sistema de control previo de concentraciones, que convenientemente prevé un periodo de transición, el programa de clemencia no sigue aquél ejemplo, entrando en vigor a partir de la fecha en que se adopte la Nueva Ley de Competencia. Por lo tanto, es de esperarse que al tiempo que entre en vigor la Nueva Ley de Competencia, o poco tiempo después, el Poder Ejecutivo deberá emitir un decreto para regular de forma específica la operación del programa de clemencia.

Las características fundamentales del programa de clemencia propuesto por la Nueva Ley de Competencia son, en su mayoría, comunes y corrientes, parecidas a las de otras jurisdicciones.⁴⁵

³⁹ ver nota al pie 17, respecto a la actualización anual de los umbrales de notificación y multas.

⁴⁰ Artículo 59, párrafo (b) de la Nueva Ley de Competencia.

⁴¹ Sin embargo, bajo el artículo 60 (a)(4) de la Nueva Ley de Competencia, aquella empresa que destruya o oculte la evidencia de un cártel no podrá beneficiarse de la inmunidad o clemencia bajo el nuevo programa creado por la Ley.

⁴² Regulación del Consejo (EC) no. 1/2003 del 16 de diciembre, 2002, sobre la implementación de las reglas de competencia establecidas en los artículos 81 y 82 del tratado ("Regulation 1/2003"), article 23.1 (c).

⁴³ Regla 1/2003, artículo 24/1 (e)

⁴⁴ Sin embargo, es cierto que los individuos que se rehúsan a someterse para una inspección por parte de un servidor público también pueden ser acusados de los delitos de obstrucción a la autoridad, lo cual se sanciona con 1 mes a un año de prisión de acuerdo al artículo 237 del código penal de Argentina.

⁴⁵ Estas características (especialmente la posibilidad de reducir multas a solicitantes posteriores, con un rango de entre 50% y 20%) y la terminología utilizada en la redacción del programa de clemencia, nos sugieren que estaría modelado en gran medida tras el sistema de

Las principales características del programa de clemencia son las siguientes:

- La clemencia únicamente estará disponible en relación con las prácticas definidas como "absolutamente restrictivas a la competencia" por el artículo 2 de la Nueva Ley de Competencia el cual, como explicamos en la sección 2.1, tiene un alcance similar al concepto de cárteles que utiliza la OCDE.
- La clemencia estará disponible tanto para empresas como para individuos involucrados en el cártel.⁴⁶
- El primer solicitante que revele y ofrezca evidencia que permita a la Autoridad de Competencia determinar la existencia de la conducta sancionada podrá obtener inmunidad⁴⁷ civil y criminal,⁴⁸ siempre y cuando la Autoridad de Competencia no haya iniciado una investigación o cuente ya con suficiente evidencia para comprobar su existencia.⁴⁹
- Considerando que se proporcione evidencia adicional de la existencia del cártel, los segundos solicitantes podrán obtener reducciones a su sanción, basadas en el orden cronológico de las solicitudes y en un rango de entre el 50% y 20% del monto total al que habrían quedado sujetos, así como recibir inmunidad de tipo criminal.
- Los requisitos para beneficiarse de la clemencia, sin importar si se trata de un primer solicitante o no, son: (i) acabar de inmediato con toda participación dentro del cártel, a menos que se reciba instrucción de lo contrario por parte de la Autoridad de Competencia de Argentina para evitar dar aviso a otros integrantes; (ii) cooperar de manera total, continua y prolija con la Autoridad de Competencia de Argentina a lo largo de todo el proceso; (iii) no destruir o ocultar evidencia relacionada con el cártel; y (iv) no haber revelado públicamente la intención de someterse al programa de clemencia (con la excepción de otras autoridades de competencia).
- Las solicitudes de clemencia serán aceptadas hasta el momento en que la autoridad de competencia argentina presente cargos formales en contra de los individuos y/o empresas involucradas (similar a la presentación de una Declaración de Objeciones bajo la Ley de Competencia de la UE.)

clemencia de la UE. Sin embargo, al contrario de aquel programa de clemencia, las empresas aún podrán solicitar clemencia a pesar de haber coaccionado u obligado a otras empresas a participar o permanecer dentro del cártel.

⁴⁶ Directivos, administradores, empleados y representantes legales involucrados en el cártel pueden solicitar clemencia, ya sea de forma individual o conjunta con la compañía en cuyo nombre se vieron involucrados dentro del cártel.

⁴⁷ Los solicitantes exitosos seguirán sujetos a cualquier acción privada de reparación de daños, al grado mencionado en la sección 4 a continuación. Además, a través de - lo que yo considero - una falla en la Nueva Ley de Competencia, un solicitante exitoso podría quedar vetado como proveedor para el estado por hasta 8 años, de acuerdo al artículo 55, párrafo (e) de la Nueva Ley de Competencia. Esto se debe a que el artículo 60 exenta a los solicitantes exitosos del programa de clemencia solamente de las sanciones establecidas por el artículo 55, párrafo (b) de la Nueva Ley de Competencia. Para aquellas empresas cuya principal fuente de ingreso son los contratos de gobierno (e.g. empresas constructoras), la incertidumbre respecto a si podrían quedar expuestos a dichas sanciones definitivamente serviría para desincentivar la confesión de su participación en un cártel. El mismo problema puede derivarse del inciso que establece la descalificación de los directores y la prohibición general a las empresas de realizar negocios por entre 1 y 10 años, mencionada en el artículo 58 de la Nueva Ley de Competencia, y que también podría aplicarse a un solicitante de clemencia exitoso. La falta de certeza respecto a los costos y beneficios del programa de clemencia sin duda reducirá su atractivo como programa.

⁴⁸ El artículo 300 del Código Penal argentino establece la pena de prisión de 6 meses a 2 años para las personas que "suban o bajen el precio de una mercancía mediante noticias falsas, negociaciones falsas o reuniones o coaliciones entre los principales titulares de una mercancía, con el objetivo de no venderlos o venderlos sino a un precio determinado". Más específicamente, el artículo 309 del Código Penal argentino prevé el encarcelamiento de 1 a 4 años para las personas que participen en las mismas conductas establecidas en el artículo 300, pero en relación con cualquier instrumento financiero. Hasta donde yo sé, ninguna de estas disposiciones ha tenido como resultado el encarcelamiento efectivo de ningún individuo. A pesar de su existencia, los fiscales nunca los han aplicado en la práctica y podría argumentarse que los cárteles no están de hecho sancionados penalmente en la Argentina. Sin embargo, la Nueva Ley de Competencia, a fin de transmitir certeza y así atraer la autoinforme, prevé que los solicitantes seleccionados "estarán exentos de las sanciones previstas en los artículos 300 y 309 del Código Penal". La Nueva Ley de Competencia podría desencadenar el debate sobre si los cárteles constituyen un delito en la Argentina, y si el Congreso está enviando un mensaje a los fiscales penales de que la prisión está disponible para castigar a los cartelistas.

⁴⁹ Si ya se está llevando a cabo una investigación sobre un cártel dado, la inmunidad seguirá estando disponible solo si la autoridad argentina de competencia no cuenta con pruebas suficientes para probar la existencia de la conducta.

- La Autoridad de Competencia de Argentina deberá instalar un sistema de calificación, mediante el cual la posición de un solicitante en la fila para recibir clemencia quede protegida por un periodo de tiempo, permitiendo la recolección de la evidencia necesaria para preparar una solicitud adecuada.
- La identidad de los solicitantes al programa (ya sean aceptados o no) deberá ser resguardada de manera confidencial por la Autoridad de Competencia, y los tribunales quedar legalmente incapacitados de ordenar la revelación de cualquier tipo de evidencia (i.e. "declaraciones, reconocimientos, información y/o todo tipo de evidencia") entregada bajo el supuesto de la solicitud de clemencia.
- Aquellos solicitantes que no califiquen para recibir inmunidad por el primer cártel denunciado, podrán sin embargo denunciar un segundo cártel más pequeño, para el cual podrán recibir inmunidad completa, además de una reducción de un tercio (1/3) sobre la sanción relacionada a su primer cártel.

Como vemos por las características descritas anteriormente, el programa de clemencia creado por la Nueva Ley de Competencia es, en su mayoría, bastante genérico. Su éxito dependerá, por tanto, de que la Autoridad de Competencia de Argentina pueda instalar (y, de ser así, en cuanto tiempo), la piedra angular de todo programa de clemencia exitoso, a saber (i) la amenaza de sanciones severas; (ii) el miedo a ser detectados; y (iii) la transparencia, predictibilidad y certeza de la aplicación de éstas políticas.⁵⁰

Por el momento, ninguno de los tres pilares mencionados se encuentra presente en el sistema de competencia argentino. Las sanciones han sido, hasta ahora, reducidas y con poco poder de disuasión, como se explica en la sección 2.3. Los cárteles no han debido temer el ser detectados, pues la Autoridad de Competencia rara vez va tras ellos, y su uso de las visitas de inspección ha sido en extremo limitado. Algunas medidas se han tomado para incrementar la transparencia y predictibilidad desde el inicio de la nueva administración en diciembre de 2015, pero éste pilar es el más difícil de construir - no puede conseguirse de la noche a la mañana.⁵¹

Aunque las condiciones al momento previo a la promulgación del programa de clemencia distan mucho de ser las mejores, la Nueva Ley de Competencia está en lo correcto al lidiar con la mayoría de estos problemas de forma sustancial, al incrementar las sanciones a los cárteles mientras fortalece la transparencia al crear una nueva autoridad de competencia con mayor independencia (detalles en la sección 5, a continuación). Por otro lado, el miedo a la detección únicamente surgirá una vez que la Autoridad de Competencia de Argentina comience a utilizar sus facultades de inspección para descubrir cárteles y, una vez detectados, aplique sanciones severas a los responsables.

4. Refuerzo al régimen de aplicación ciudadana

La antigua ley de competencia permitía a las víctimas de los efectos anticompetitivos buscar compensación en los tribunales.⁵² Sin embargo a más de 20 años de existir dicha previsión, tan solo ha habido un caso conocido en el que el tribunal ha otorgado compensación de daños

⁵⁰ Hammond, "Cornerstones of an effective Cartel Leniency Programme", Taller del ICN de Programas de Clemencia (Sydney, noviembre 22-23, 2004) 4-5.

⁵¹ La previsibilidad "es un viaje, no un destino. La transparencia es un objetivo continuo que los responsables de la política contra cárteles se esfuerzan por lograr cada día, en cada política y decisión de aplicación que toman". Ver O'Brien, "Leadership of leniency", en Beaton-Wells y Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart 2015) 24

⁵² Ley argentina 25.156, artículo 51.

derivados de una conducta anticompetitiva a un ciudadano privado.⁵³

La nueva ley de competencia modifica significativamente el área de acciones privadas por daños y perjuicios, particularmente aquellos basados en decisiones previas de la Autoridad de Competencia de Argentina (conocidas como acciones "de seguimiento".) Más aún, la Nueva Ley de Conferencia le confiere efectos de *res judicata* a las decisiones tomadas por la Autoridad de Competencia de Argentina vis-à-vis de los tribunales en cuanto a los hechos y carácter legal de la conducta anticompetitiva, haciendo de las decisiones un tema final y no-cuestionable. Por lo tanto, se espera que el novedoso efecto de amordazamiento sobre las cortes que tienen las decisiones previas en materia de competencia llevarán a más acciones de seguimiento por parte de las víctimas de la cartelización económica en Argentina.

La nueva Ley de Competencia no prevé un límite en cuanto a qué agentes pueden solicitar la reparación de daños. Por tanto, es razonable la conclusión de que tanto los compradores directos como indirectos tendrán sustento para presentar demandas por daños y perjuicios, siempre y cuando pueda comprobarse ante el tribunal que se han sufrido pérdidas como consecuencia de la conducta anticompetitiva previamente sancionada por la Autoridad de Competencia de Argentina. Esta conclusión se ve apoyada por el lenguaje utilizado en el artículo 65 de la Nueva Ley de Competencia, con referencia a los "compradores indirectos".

El asunto de la defensa "pass-on", o de transferencia a terceros, no es abordado por la Nueva Ley de Competencia. Sin embargo, en caso de haber compradores indirectos con un argumento válido para demandar en reclamo de daños, sería razonable (y lo justo) que hubiese una defensa de este tipo disponible para los cartelistas. En general, de acuerdo a los principios generales de la Ley en Argentina, ese tipo de defensa sería permitida, al no quedar explícitamente prohibida por la ley.⁵⁴ Además, en seguimiento de los principios generales de la reparación de daños bajo la ley Argentina⁵⁵, el enriquecimiento ilícito está prohibido, otorgando acciones para la restitución de beneficios obtenidos de manera injusta por una de las partes. A modo de analogía, podría decirse que un cartelista demandado por un comprador directo, quien haya transferido el incremento en costos de manera parcial o total a sus propios clientes, podría alegar que el demandante estaría enriqueciéndose de manera injusta si el monto del sobre-cargo transferido no ha sido calculado al momento de cuantificar los daños otorgados. Al respecto, la Nueva Ley de Competencia se apega en gran medida a la estrategia adoptada por la Unión Europea, la cual - a diferencia de la situación en EEUU - permite presentar defensas de estilo "pass-on".⁵⁶

En cuanto a las cantidades de las reparaciones, la Nueva Ley de Competencia establece que éste deberá calcularse por un tribunal competente, considerando la "seriedad de la ofensa y otras circunstancias del caso",⁵⁷ lo cual, a mi pensar, no es la forma correcta de abordar el tema, pues el criterio principal para determinar la cantidad de compensación debería ser el daño causado por la conducta anticompetitiva a una víctima en particular. Si se considera la seriedad

⁵³ Juzgado de primera instancia de la jurisdicción ordinaria en asuntos comerciales No. 14, Secretaría No. 27, "Auto Gas SA c / YPF SA y otros / ordinario", 16 de septiembre de 2009. Para un comentario sobre el caso, ver Julián Peña y Federico Rossi, capítulo de Argentina, en Julián Peña y Marcelo Calliari (eds), *Competition Law in Latin America: A practical guide* (Kluwer Law International, 2016), p. 169.

⁵⁴ De acuerdo al artículo 19 de la Constitución Argentina, todo lo que no quede prohibido está, por tanto, permitido.

⁵⁵ El artículo 1794 del Código Civil y Comercial Argentino prevé una acción para buscar reparación en el caso de enriquecimiento injusto. El artículo 1742 del Código Civil y Comercial Argentino, que establece que un juez tiene libertad para que el juez considere si el demandante ha pasado parcial o totalmente el sobreprecio y, de ser así, para disminuir el nivel de compensación en consecuencia, puede atenuar el quantum de la compensación teniendo en cuenta "la situación personal de la víctima y otras circunstancias del caso".

⁵⁶ Véase el artículo 13 de la Directiva 2014/104 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre determinadas normas que regulan las acciones de indemnización en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones de Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ("Directiva sobre daños a la UE").

⁵⁷ Artículo 64 de la Nueva Ley de Competencia.

de la infracción como el criterio principal utilizado por los tribunales para calcular daños, el resultado podría ser una serie de soluciones injustas y excesivamente disuasorias⁵⁸, pudiendo por ejemplo manifestarse como el otorgamiento de compensaciones enormes a víctimas quienes solo sufrieron daños limitados. El nombre mismo de la acción (Reparación de Daños y Perjuicios)⁵⁹ nos revela que el objetivo principal de la acción es la de obtener reparación por los daños causados por una conducta anticompetitiva. Por tanto, es lógico pensar que el tribunal debería considerar la cantidad de daños (en lugar de la seriedad de la infracción) al calcular los montos.

La falla detectada anteriormente parece, sin embargo, haber sido evitada (de forma accidental) por la Nueva Ley de Competencia, la cual prevé en otro de sus puntos que las reglas generales en materia civil también podrán aplicarse a las acciones de reparación de daños de competencia.⁶⁰ Estas reglas determinan que la compensación debe ser completa, consistente en la restitución de la posición de la víctima al momento previo a la infracción⁶¹, y que supongan una pérdida genuina (i.e. *dannum emergens*), cuya ganancia haya sido privada (i.e. pérdida de ingresos o *lucrum cessans*), o la pérdida de oportunidades e intereses.⁶²

La nueva Ley de Competencia también prevé la responsabilidad conjunta y múltiple de todas las partes involucradas en una conducta anticompetitiva, aunque las partes mismas puedan iniciar acciones de contribución entre ellas.⁶³

Un provisto similar a aquellos encontrados en la Directriz de Daños de la UE⁶⁴ y adoptado por la Nueva Ley de Competencia es aquél que prevé que una solicitud exitosa de clemencia únicamente podrá ser conjunta y de responsabilidad múltiple por daños causados a: (i) sus propios proveedores o compradores directos o indirectos; y (ii) otras víctimas de la conducta, únicamente en caso de que obtener la compensación total de los otros responsables sea imposible.⁶⁵

Por último, la Nueva Ley de Competencia establece que las acciones de seguimiento por daños quedarán sujetas a un procedimiento sumarísimo (y no ordinario) establecido por el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales.⁶⁶ La intención del legislador de introducir un procedimiento de menor duración es loable, aunque debe considerarse que las acciones de daños por competencia (ya sean iniciales o de seguimiento) suelen involucrar un proceso legal intensivo, costoso y tardado, con en transcurrir de varios años antes de alcanzar una decisión en la corte.⁶⁷ En especial, la generación de la evidencia económica sustancial, así como la intervención de expertos en economía para calcular los montos de sobrecargo (y de transferencia a terceros, si esto se acepta como defensa legal) juega un papel crucial en éste tipo de casos. Por lo tanto, el rango limitado de un procedimiento reducido no sería el adecuado para atender a

⁵⁸ Si la autoridad argentina de competencia (al imponer una multa por una conducta anticompetitiva) y los tribunales (al adjudicar daños y perjuicios como consecuencia de esa misma conducta anticompetitiva) utilizan la gravedad del delito como criterio principal, esto podría influir en el principio de doble incriminación incrustado en la Constitución argentina, ya que se interpreta que una empresa está siendo castigada dos veces por el mismo delito. La gravedad de la ofensa debe ser, en su mayor parte, considerada y sopesada por la autoridad de competencia, a la que se le confía el cumplimiento público de la ley de competencia.

⁵⁹ La traducción al inglés es "damages compensation"

⁶⁰ Artículo 62 de la Nueva Ley de Competencia.

⁶¹ Código Civil y Comercial Argentino, artículo 1740. Éste provisto es muy similar al artículo 3 de la directriz de Daños de la UE.

⁶² Código Civil y Comercial Argentino, artículo 1738. El artículo es muy similar al recital 12 de la Directriz de Daños de la UE.

⁶³ Artículo 65 de la Nueva Ley de Competencia.

⁶⁴ Directriz de daños, artículo 11

⁶⁵ Artículo 56, segundo párrafo de la Nueva Ley.

⁶⁶ Dicho procedimiento acelerado (proceso sumarísimo en español) establece términos legales abreviados que, a menos que se establezca lo contrario, tendrán una duración de tres días. Además, las apelaciones dentro de ese tipo de procedimiento son limitadas, y lo más importante, la producción de pruebas no está contemplada expresamente.

⁶⁷ "Estas acciones pueden ser particularmente costosas y, por lo general, son más complejas y requieren más tiempo que otros tipos de acciones civiles", Libro Blanco sobre Acciones Daños por incumplimiento de las Reglas Antimonopolio de la CE, artículo 2.8.

los complejos temas que suelen develarse en el marco de las acciones de reparación de daños por competencia.

Las modificaciones al régimen de aplicación privada son un paso en la dirección correcta. Sin embargo, como ocurre en varias jurisdicciones, el aumento en los casos de reparación de daños privados dependerá en gran medida en la calidad de la aplicación de éstas leyes por parte de la autoridad de competencia.

5 Modificaciones institucionales

5.1 Creando una nueva autoridad de competencia

Por último, pero no por ello de menor importancia, la Nueva Ley de Competencia plantea modificaciones importantes en cuanto a la autoridad encargada de la Ley de Competencia de Argentina. Hoy día, y hasta que la Nueva Autoridad de Competencia haya sido formalmente establecida, la aplicación de las leyes de competencia en Argentina queda sujeta a una fuerte influencia política sobre sus decisiones, pues éstas son tomadas por el Ministro de Comercio,⁶⁸ a su vez instalado o reemplazado a discreción única el Presidente.

El objetivo de las modificaciones es el dotar, dentro de lo posible, de mayor independencia a la autoridad de competencia.

Para ello, la Nueva Ley de Competencia retira toda autoridad de toma de decisiones (y, esperamos, influencia política) al Ministro de Comercio⁶⁹, permitiendo así la creación de una nueva autoridad, la Autoridad Nacional de Competencia, abarcando (i) al Tribunal de Defensa de la Competencia; (ii) La Secretaría de Conductas Anticompetitivas; y (iii) la Secretaría de Concentraciones Económicas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia estará compuesto por 5 miembros, y decide en todos los temas relacionados a la Nueva Ley de Competencia. Por otro lado, la Secretaría de Conductas Anticompetitivas investigará y perseguirá cualquier tema relacionado a las conductas anticompetitivas frente al Tribunal, mientras que la Secretaría de Concentraciones Económicas estará a cargo de llevar a cabo la valoración preliminar de las concentraciones económicas bajo el nuevo esquema de control de concentraciones y de presentar las opiniones frente al Tribunal de Defensa de la Competencia en la adjudicación de dichos casos. A pesar de pertenecer los tres a la Autoridad Nacional de Competencia, todos deberán contar con autonomía técnica, pues su objetivo es la descentralización de los esfuerzos de seguimiento y adjudicación de funciones, en aras tanto de la especialización como la independencia.

Los miembros de la Autoridad Nacional de Competencia serán pre-seleccionados por el Poder Ejecutivo mediante un concurso público y revisión de calificaciones. En seguida, los candidatos serán ratificados por el Senado.

5.2 Creando un nuevo tribunal especializado en temas de competencia

Además, en un tema distinto, la Nueva Ley de Competencia prevé la creación de una nueva división especializada dentro del Tribunal Federal de Apelaciones en Temas Civiles y Comerciales,

⁶⁸ Hasta que se establezca la nueva Autoridad Nacional de Competencia, el Secretario de Comercio seguirá adoptando decisiones basadas en el asesoramiento técnico no vinculante de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

⁶⁹ Será difícil eliminar toda influencia política ya que, de acuerdo con la Nueva Ley de Competencia, el presupuesto de la nueva Autoridad Nacional de Competencia requerirá la aprobación del Poder Ejecutivo. Sin embargo, según la ley de competencia anterior, la dependencia era mayor ya que el presupuesto de la agencia de competencia se determinaba a la sola discreción del Poder Ejecutivo.

el cual atenderá a las apelaciones hechas a las decisiones tomadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Dichas modificaciones ofrecen certeza al terminar con una larga disputa respecto a cual es el tribunal competente para revisar temas de competencia, sino que también fortalece al régimen de competencia mismo al asegurar que sean jueces especializados, con conocimientos en temas de competencia, y dedicados únicamente a estos temas, quienes revisarán las apelaciones en temas de competencia.⁷⁰ También vale la pena mencionar que el tribunal especializado para temas de competencia no se encargaría de las acciones de compensación de daños, los cuales deberán ser tomados por el "juez competente".⁷¹ Esto es algo lamentable, pues las acciones por daños serán decididos por jueces no-especializados. Sin embargo, también es comprensible, pues el nuevo tribunal especializado en materia de competencia debería tener bastante trabajo resolviendo apelaciones a las decisiones tomadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia como para, además, preocuparse de la reparación de daños.

6. Conclusiones

La Nueva Ley de Competencia representa un cambio sustancial al sistema de competencia Argentino, alineando la legislación argentina con las mejores prácticas internacionales en la materia. Podría considerarse como un intento por modernizar un régimen que no ha sido modificado sustancialmente en casi 20 años, un periodo sin duda muy extenso, especialmente en el mundo cambiante y en constante evolución del derecho de competencia.

Además, la instauración de la Nueva Ley de Competencia revela el apoyo por parte del Congreso y del Poder Ejecutivo por la aplicación eficiente y apolítica de las leyes de competencia. Por tanto, una vez establecida la nueva autoridad de competencia, el éxito de la mayoría de sus modificaciones legales previstas por la Nueva Ley de Competencia dependerán de la capacidad, compromiso y entusiasmo de la nueva autoridad.

⁷⁰ En la actualidad y hasta que se establezca efectivamente el nuevo tribunal especializado, el Tribunal Federal de Apelaciones en Asuntos Civiles y Comerciales o el Tribunal Nacional de Apelaciones en asuntos penales y económicos seguirán examinando las apelaciones relacionadas con la defensa de la competencia, que son ambas: tribunales no especializados ya que escuchan apelaciones en una amplia gama de asuntos, además de antimonopolio.

⁷¹ Artículo 62 de la Nueva Ley.