



A la CNDC le faltan armas en su lucha antimonopolios

Por Alexis G. Pirchio

La Ley de Defensa de la Competencia en Argentina data del año 1999 y tuvo sus últimas modificaciones y adendas en el año 2014. Al momento de dictarse la ley, antes del comienzo del nuevo milenio, era una ley moderna, de vanguardia, basada en mejores prácticas internacionales y que abogaba por una institucionalidad que le iba a posibilitar una mayor independencia a la autoridad de competencia Nacional.

Dieciocho años pasaron de aquella ley, y las modificaciones realizadas en el año 2014 no fueron suficientes para mantener a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en la vanguardia mundial de la lucha antimonopolios. Esto se debió principalmente a tres cosas. En primer lugar, las principales autoridades de competencia del mundo comenzaron a implementar ciertas herramientas que hoy en día son fundamentales en la detección de cárteles, como los programas de clemencia o también llamados programas de inmunidad (“leniency programs” en inglés) y las investigaciones de mercado. Dichos elementos no fueron incluidos en la modificación de la ley en 2014. En segundo lugar, la ley de 1999 se dictó en un marco de estabilidad macroeconómica, por lo que en su momento tenía sentido determinar en la ley montos máximos de una multa o montos a partir de los que una concentración debía ser notificada a la autoridad nominados en pesos no actualizables. Los profundos cambios macroeconómicos que ocurrieron en el país desde entonces, hicieron que esto ya no sea posible actualmente y que deba modificarse. En último lugar, la destrucción y debilitamiento institucional crónico vivido durante los gobiernos kirchneristas afectó también la política de competencia. No solo no se avanzó en una mayor independencia de la autoridad de competencia, sino que se la hizo absolutamente dependiente de las necesidades políticas. Esto evitó la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, que de acuerdo al Artículo 17 de la Ley de 1999, debía ser creado como un organismo autárquico para la aplicación de la ley, pero la creación del Tribunal fue derogada en la Ley de 2014 (Artículo 65).

Todos los puntos planteados anteriormente, están siendo discutidos en el Congreso de la Nación en el marco de la nueva Ley de Competencia, que fue elaborada por diputados oficialistas en conjunto con las autoridades de la CNDC.

Los programas de clemencia son una herramienta muy utilizada por las principales autoridades de competencia de todo el mundo. Estos programas han sido una verdadera revolución en la forma en que se detectan, procesan y desalientan los cárteles. En cierta forma están reemplazando los anteriores mecanismos de detección de cárteles que consistían en analizar las quejas de consumidores y realizar allanamientos. Los programas de clemencia se basan en reducir las sanciones contra empresas participantes de un cártel, que reporten información sobre el cártel a la autoridad de competencia y cooperen durante el enjuiciamiento del resto de los miembros del cártel. Las formas en que estos programas se han aplicado en Estados Unidos y en la Unión Europea varían sustancialmente. La idea principal es que se reducen o eliminan las sentencias a las empresas que brinden información sustancial que ayude a la autoridad a detectar el cártel.





En el caso de los Estados Unidos solamente se brinda clemencia a la primera empresa que brinde información sobre el hecho ilegal. Adicionalmente se deben cumplir ciertas condiciones para que la empresa reciba clemencia. En la Unión Europea, en cambio, se les puede proveer clemencia a varias de las empresas que forman parte del ilícito. A la primera empresa en brindar información se le puede otorgar un descuento en las multas de hasta un 100 por ciento, mientras que a las que brindan información luego de la primera, reciben descuentos en las multas que son menores. En todos los casos la información que se brinde debe ser veraz y debe ayudar en el procesamiento de los miembros del cártel.

Otra herramienta moderna que utilizan las agencias de competencia son las investigaciones de mercado. Pero dejaremos la explicación de las mismas para un próximo artículo.

El segundo punto que mencionamos corresponde a lo desactualizada que se encuentra la ley con respecto a las potenciales multas que puede aplicar y con respecto a los límites a partir de los cuales una concentración debe ser notificada. En la actualidad cualquier proceso de concentración o adquisición que supere los AR\$200 millones (aproximadamente US\$ 12.7 millones) debe ser notificado a la autoridad de competencia. Para tener una idea de la magnitud de este atraso en los valores que figuran en la ley, hay casos en donde las empresas tienen que notificar a la CNDC cuando realizan una compra de un inmueble o de algún activo relacionado con su actividad. Esto es totalmente ridículo.

Adicionalmente, las potenciales multas que pueden ser aplicadas por la Comisión ante una práctica ilegal, ya sean los acuerdos de fijación de precios o prácticas unilaterales de abuso de poder dominante, varían entre los AR\$10 mil y los AR\$150 millones (entre US\$640 y US\$9.5 millones). Estos valores son muy bajos y no desalientan la realización de prácticas anticompetitivas. En muchos casos, los beneficios que obtienen las empresas por realizar la práctica ilegal van a ser superiores al costo de la potencial multa que tengan que pagar – en el poco probable caso en que sin tener programas de clemencia funcionando, la Comisión detecte abusos de poder dominante o formación de cárteles.

Encontrándonos actualmente en un contexto macroeconómico en donde la inflación aún es alta, los límites a partir de los cuales un proceso de concentración debe ser notificada deben ser ajustables año a año con base en la inflación medida con el IPC o directamente plantear estos límites en una moneda dura como el dólar estadounidense. Para darnos una idea, el límite a partir del cual debe reportarse una concentración en los Estados Unidos es de US\$ 80 millones, mientras que en la Unión Europea es de US\$284 millones (€250 millones de euros). Es necesario aclarar que la aplicación de las leyes de competencia en los Estados Unidos tienen un alcance nacional y la aplicación en la Unión Europea tiene un alcance supranacional. Dentro de los países que forman parte de la Unión Europea, los límites son similares al límite en los Estados Unidos. Posiblemente el límite de \$200 millones pesos-dólar vigente en la época de la convertibilidad sea alto para la Argentina hoy en día y un límite entre US\$50 y US\$100 millones sea más apropiado.

Por otra parte, con respecto a las multas a determinarse por la realización de prácticas ilegales, ya sea la fijación de precios por medio de cárteles o prácticas de abuso de poder dominante, no debería existir un límite máximo para la imposición de las mismas. Las mejores prácticas internacionales en la materia promueven que la multa adecuada en cada caso va a depender del monto del daño realizado por las empresas involucradas. En la Unión Europea y en México, se disponen ciertos límites que están basados en un porcentaje de los ingresos totales de la empresa en determinado año.

Por último, es importante hacer hincapié en la importancia de los aspectos institucionales que son una condición necesaria, pero no suficiente para lograr una autoridad de competencia de primer nivel. La autoridad de competencia debe ser autárquica e independiente del poder ejecutivo. Debe tener su propio presupuesto y no responder a las presiones que puedan llegar desde los ministerios, ya sea por cuestiones políticas o presiones ejercidas por los agentes económicos en los mercados. Esto no es lo que ocurre hoy en día. Actualmente la CNDC depende de la Secretaría de Comercio y los Dictámenes que realiza no son vinculantes. La decisión final pasa por el Secretario de Comercio, el cual puede o no tener en cuenta las recomendaciones de la comisión en su decisión final.





Antes de diciembre 2015 existió una gran dependencia de la CNDC de las necesidades políticas del momento. Hoy en día, la autoridad liderada por Esteban Greco se encuentra trabajando de forma técnica y con gran independencia, pero este proceso puede interrumpirse ante un cambio de gobierno. Por eso es que para lograr un proceso de crecimiento, mejora y mayor transparencia en la aplicación de las leyes de competencia, se necesita una mayor independencia de la autoridad de competencia del poder político. Para lograr los tres puntos mencionados anteriormente, se necesita una nueva ley de competencia en donde se incorpore la figura de los programas de clemencia, en donde se actualicen los montos para los cuales las concentraciones deban ser notificadas y los montos de las potenciales multas a aplicar en casos de ilícitos y en donde se le permita tener a la autoridad de competencia mayor independencia del poder político. El nuevo proyecto de ley se envió a la Cámara de Diputados en septiembre de 2016 e incluye de alguna forma todos estos elementos, pero aún no ha sido aprobada. Es necesario que se realice el dictamen de la nueva Ley de Defensa de la Competencia para que la CNDC tenga las armas necesarias en su lucha contra los monopolios.

