



EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

ARGENTINA

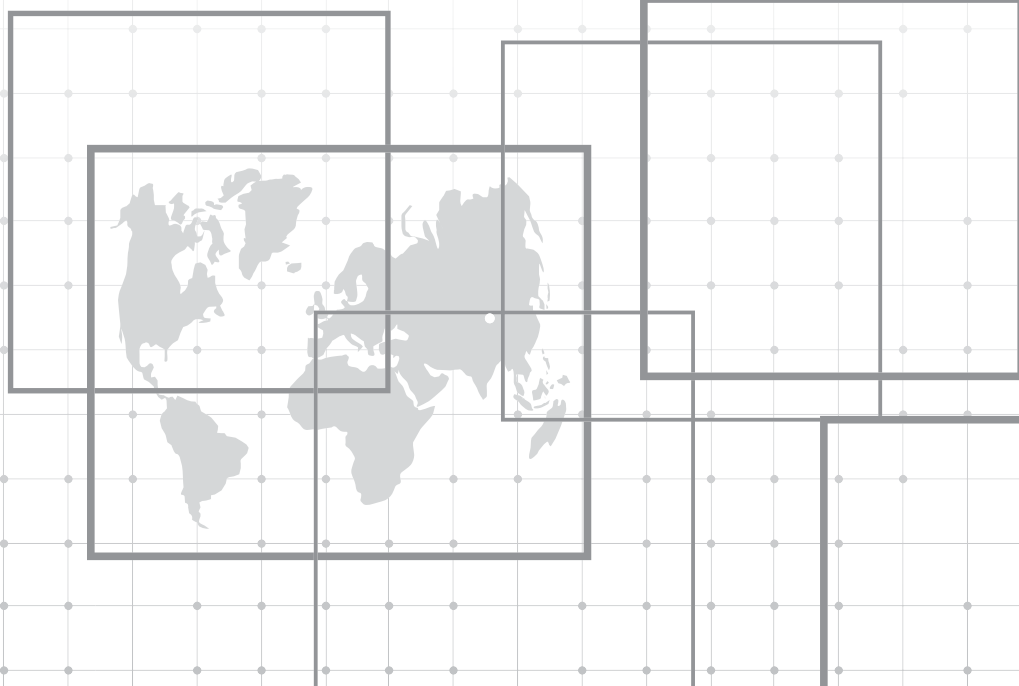




CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS
DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

ARGENTINA



© 2017, Naciones Unidas

Esta obra es de acceso libre al cumplir los requisitos de la licencia Creative Commons creada para las organizaciones intergubernamentales, disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

Los resultados, interpretaciones y conclusiones expresados en este documento son los del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de las Naciones Unidas, sus funcionarios o los Estados Miembros.

Las denominaciones empleadas en esta obra y la forma en que aparecen presentados los datos en cualquier mapa no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Se autorizan las fotocopias y reproducciones de extractos con los créditos correspondientes.

La presente publicación no fue objeto de revisión editorial.

Publicación de las Naciones Unidas preparada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

UNCTAD/DITC/CLP/2017/1

AGRADECIMIENTOS

Los exámenes voluntarios entre homólogos sobre el derecho y la política de la competencia se llevan a cabo en las reuniones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia y en las Conferencias Interministeriales de las Naciones Unidas encargadas de examinar el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas. La preparación sustantiva se lleva a cabo por la Unidad de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD, bajo la dirección de Teresa Moreira, Directora de la Subdivisión de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor, en la División del Comercio Internacional de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos.

Este informe fue preparado para la UNCTAD por Luis Berenguer Fuster, abogado y miembro del Grupo Asesor de Expertos del programa de Competencia y Protección del Consumidor en América Latina (COMPAL). El apoyo sustantivo y la revisión del informe estuvieron a cargo de Juan Luis Crucelegui, Arnau Izaguerri y Valentina Rivas.

La UNCTAD desea agradecer la ayuda de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Argentina, cuya contribución a este informe ha sido determinante, así como a todas las personas y representantes de diferentes instituciones públicas y privadas que fueron entrevistados.

NOTA

La UNCTAD es el centro de coordinación, dentro de la Secretaría de las Naciones Unidas, para todas las cuestiones relacionadas con la política de competencia. La UNCTAD tiene por objetivo promover la comprensión de la naturaleza del derecho y la política de la competencia y su contribución al desarrollo y la creación de un entorno favorable para el funcionamiento eficiente de los mercados. La labor de la UNCTAD se lleva a cabo a través de las deliberaciones intergubernamentales, las actividades de formación, el asesoramiento sobre políticas, y la investigación y el análisis sobre la relación entre la política y el desarrollo de la competencia.

El examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia organizado por la UNCTAD se enmarca en el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas (el "Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas") convenido multilateralmente, aprobado por la Asamblea General en 1980. Con dicho Conjunto se pretende, entre otras cosas, ayudar a los países en desarrollo a aprobar y aplicar leyes y políticas eficaces de defensa de la competencia que se adapten a sus necesidades de desarrollo y su situación económica.

ÍNDICE

1.	Contexto y antecedentes	7
1.1	Contexto económico de la Argentina.....	7
1.2	Antecedentes de la Ley de Defensa de la Competencia actual	7
2.	Regulación actual de la Ley de Defensa de la Competencia	9
2.1	Acuerdos y prácticas anticompetitivas.....	9
2.2	Control de concentraciones económicas.....	11
2.3	El procedimiento en materia de conductas: El procedimiento administrativo como normativa supletoria	14
2.4	Tribunal de Defensa de la Competencia.....	14
2.5	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.....	15
2.6	Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia	16
2.7	La Autoridad de Aplicación	17
2.8	El procedimiento de control de comportamientos.....	17
2.9	Sanciones.....	19
2.10	La apelación judicial	20
2.11	Promoción de la competencia	20
3.	Comentario a los asuntos más relevantes.....	21
3.1	Acuerdos horizontales.....	21
3.2	Acuerdos verticales.....	23
3.3	Abuso de posición dominante	24
3.4	Concentraciones económicas.....	26
3.5	Promoción de la competencia	31
4.	Nuevo impulso a la política de la competencia (proyectos de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia).....	32
5.	Situación actual	43
6.	Conclusiones	44

1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

1.1 Contexto económico de la Argentina

Situada en el extremo sur del continente americano, la Argentina es el octavo país más grande del mundo y el segundo de América Latina en términos de superficie, con 2.8 millones de km². Asimismo, con una población de 43 millones, es el tercer país más poblado de América Latina, encontrándose la mayor parte de dicha población en Buenos Aires.

A pesar de los problemas económicos que han ido sucediéndose a lo largo de los años, la Argentina sigue jugando un papel importante en la economía global, sobre todo por su producción agrícola, basada principalmente en la producción de cereales, cítricos, té y productos frutícolas como la uva, representando alrededor del 10,5% del producto interior bruto (PIB) del país. Siendo un país con abundantes recursos naturales en agricultura y energía, la Argentina despunta en la producción de alimentos, además de ser el cuarto productor de petróleo y el tercer productor de gas en América Latina. El sector industrial, por su parte, que emplea a casi un cuarto de la población laboral, destaca por la preparación industrial de alimentos, la molinería, el sector automovilístico, el sector textil, las actividades químicas, petroquímicas y metalúrgicas. Por último, el sector terciario se basa principalmente en el desarrollo de *software*, *call centres*, energía nuclear y turismo. La contribución de estos dos últimos sectores al PIB argentino es de alrededor del 30% y del 60%, respectivamente¹.

Por otro lado, cabe mencionar que, con un PIB de más de 550.000 millones de dólares, la Argentina es una de las economías más grandes de América Latina. La previsión de los expertos en torno a este indicador macroeconómico indica que el PIB irá incrementándose progresivamente, situándose aproximadamente en 12,466 billones de pesos argentinos en 2018 y 14,801 en 2019². En relación con el desempleo, se pronostica que irá disminuyendo cada año, de aproximadamente el 9% en 2016 al 6,8% en 2021³. No obstante lo anterior, el Fondo Monetario Internacional ha previsto en su *Informe de Perspectivas de la Economía Mundial*, que la Argentina tiene “una menor expectativa de crecimiento” a corto plazo debido a que tuvo un

crecimiento menor al esperado en el segundo semestre de 2016.

Es necesario destacar que el derecho de la competencia ha estado presente desde relativamente temprano en el ámbito político y económico argentino. La libre competencia en los mercados y las políticas de libre competencia son los factores que determinan el escenario más adecuado en el que las empresas pueden lograr sus estándares de competitividad, lo que indudablemente afecta a la economía de un país y, en todo caso, a los consumidores, que buscan tomar decisiones libres sin que en el mercado intervengan fuerzas distintas a las propias del mismo, y con información suficiente sobre el precio y la calidad de los productos que se ofertan.

Así, al parecer, la influencia de los Estados Unidos de América provocó que, al menos sobre el papel, desde épocas tempranas, la preocupación por la política de la competencia estuviera presente en el escenario político argentino, desde luego con considerable antelación a que otros países, como los europeos, legislaran sobre la materia.

No obstante todo lo anterior, en los últimos años ha pesado la sospecha de instrumentalización política sobre la política de la competencia, por lo cual en la actualidad existe una necesidad imperiosa de fortalecer la independencia de las autoridades de la competencia para restaurar la credibilidad en su actuación.

El actual Gobierno de la Argentina ha mostrado un gran interés por impulsar la política de la competencia, introduciendo positivos cambios y adoptando iniciativas en ese orden tales como el nombramiento de un nuevo presidente y cuatro vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, la “CNDC” o la “Comisión”) y el inicio de un proceso legislativo que concluirá, previsiblemente, en la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, la “LDC”).

1.2 Antecedentes de la Ley de Defensa de la Competencia actual

La regulación del mercado es un mecanismo de carácter público, que excede el ámbito exclusivamente contractual o el de los usos y costumbres comerciales, para atender a una visión

estructural que se conjuga con otros instrumentos estatales de ordenación. De esta forma, el derecho de la competencia ha sido llevado a la más alta consideración, elevándose su protección a rango constitucional, quedando así plasmado el interés del Estado de proteger contra las distorsiones monopólicas y propiciando el libre acceso al mismo⁴.

La competencia está especialmente protegida en los artículos 42 y 43 de la Constitución de la Argentina⁵, ambos incorporados en 1994⁶, estableciendo expresamente el primero de ellos, el deber por parte del Estado de “defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales o legales”, lo cual es perfectamente compatible con la libertad económica y la libre iniciativa privada. En definitiva, de lo que se trata es de asegurar un mercado transparente, en el que el consumidor pueda tener variedad de opciones, y de lograr que el Estado cumpla con esta obligación sancionando normas que contengan unas reglas de juego claras y definidas. Ello se complementa con el artículo 43, que en materia de garantías, contempla la acción de amparo, con el fin de que aquellos que se consideren “perjudicados” puedan hacer valer su derecho ante los tribunales, extendiendo expresamente la protección de la acción a los derechos que protegen la competencia⁷.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, lo que hace que resulte preciso disponer de un sistema que cuente con los instrumentos adecuados que permitan que la toma de decisiones a través de la oferta y la demanda no se encuentre viciado, garantizando el funcionamiento eficaz y transparente del mercado.

Con este fin, a principios del siglo XX, en 1923⁸, y con el objetivo de prohibir ciertas conductas restrictivas de la competencia, se promulgó la Ley 11.210, siendo este el primer precedente de importancia de la legislación en esta materia. Se trata de una ley con un eminente carácter penal, la primera ley que sancionaba los actos tendentes a establecer o sostener un monopolio, que además establecía en uno de sus artículos los llamados “actos de monopolio”. Esta ley fue varias veces modificada, pero nunca logró una aplicación afectiva.

Como consecuencia de lo anterior, la misma fue derogada por la Ley 12.960 de 1946, la cual rigió hasta 1980. Esta norma, que mantuvo de la regulación anterior el carácter de delito de los actos que condujeran al desarrollo de los monopolios, recogía una cláusula general de prohibición y una relación de conductas consideradas prohibidas por tender a la creación de monopolios⁹.

En este apartado resulta necesario remitirse a un debate acerca del valor disuasorio de las normas de la competencia, y si este se consigue con normas de carácter penal o bien administrativas. Ese debate sigue vigente en la actualidad, en el seno de organizaciones internacionales. Sin lugar a dudas, criminalizar las conductas anticompetitivas, particularmente los carteles, tendría mayor efecto disuasorio¹⁰, pero ese efecto quedaría compensado, y esta opinión es ampliamente mayoritaria en los países cuyas legislaciones en materia de competencia no están situadas en el campo del derecho penal, por el hecho de que, al exigir la aplicación de las normas penales un mayor estándar probatorio y garantista, buena parte de las conductas que ahora se sancionan como ilícitos administrativos, quedarían sin sanción. Es por ello por lo que no se prevén cambios en la materia en los países que consideran que las infracciones en materia de la competencia constituyen ilícitos administrativos.

La era moderna de aplicación de leyes de defensa de la competencia comenzó en 1980 (en el contexto de la dictadura militar), con la promulgación de la Ley de Facto 22.262. Dicha norma establecía sanciones penales en caso de infracción de las normas de libre competencia y creó un organismo encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de la competencia: la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En buena parte, la falta de aplicación de la legislación de la competencia se debió al carácter penal, por influjo evidente de la legislación estadounidense. No resulta absurdo pensar que una sociedad como la argentina podría mostrarse reacia a considerar como delitos actos que eran considerados como normales en el tráfico mercantil.

Por último, a causa de diversas denuncias por prácticas contrarias a la libre competencia, fue necesaria una nueva norma que se adaptara a la situación del mercado. Según noticias de la época, la aprobación de una nueva ley estuvo fuertemente

motivada en la intención de incluir el control de concentraciones económicas, en el contexto de la adquisición de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) por parte de Repsol¹¹, por lo que la principal novedad de la reforma habría de consistir en la introducción de un control de las operaciones de concentración empresarial. Así, en 1999 entró en vigor la actual Ley de Defensa de la Competencia: la Ley 25.156. Esta norma suprimió las sanciones penales y consideró las infracciones de la competencia como infracciones administrativas al tiempo que introdujo ciertos mecanismos para prevenir las conductas restrictivas de la competencia, tales como realizar un control previo de las concentraciones, tal y como se ha indicado. En este sentido, el control de fusiones y adquisiciones se introdujo con el objeto de prevenir la concentración en los casos en los que se evaluara que el cambio en la estructura de mercado podría derivar en restricciones a la competencia con potencial perjuicio al interés económico general.

Los principales puntos que cubría la redacción original de la Ley 25.156¹² eran la creación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, el “Tribunal”) integrado por siete miembros, el cual tendría el objetivo de controlar las concentraciones que realicen los agentes del mercado, el establecimiento de la regulación aplicable a dichas concentraciones y la determinación de las conductas que son restrictivas de la competencia, tanto las derivadas de acuerdos como las que constituyen un abuso de posición dominante¹³.

No obstante, la creación de este Tribunal nunca se llevó a cabo y, en consecuencia, quedó sin efecto con la reforma a la citada ley que tuvo lugar en 2014, a través de la Ley 26.993. Las modificaciones que introdujo esta ley son relativas principalmente a cuestiones administrativas y procedimentales¹⁴. Así, por medio de la Ley 26.993 se dio una nueva redacción al artículo 17 de la ley actual, el cual preveía la creación del citado Tribunal creación que pasaba al olvido, al tiempo que se establecía que sería el Poder Ejecutivo el que determinaría la Autoridad de Aplicación de la ley. Asimismo, se añadió que la citada Autoridad de Aplicación sería asistida por la CNDC y que toda referencia en la ley en relación al Tribunal deberá entenderse como referida a la Autoridad de Aplicación.

Sin embargo, ésta no fue la única modificación que introdujo la Ley 26.993. En relación a las apelaciones, se reduce el plazo de interposición del recurso de 15 días a 10 días hábiles desde la notificación de la resolución, y se establece un sistema *solve et repete* en caso de recursos contra resoluciones administrativas que impongan sanciones de multa. Este sistema consiste en depositar el importe de la multa a la autoridad que la imponga, requisito sin el cual el recurso será desestimado, salvo que el cumplimiento de dicho requisito suponga un “perjuicio irreparable”. Asimismo, se creó un nuevo fuero de apelación a través de la creación de la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo; no obstante, ésta Cámara no llegó a crearse, por lo que ha existido una gran confusión en cuanto al fuero para conocer de las apelaciones en materia de competencia.

2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Para comprender los nuevos retos a los que se enfrenta el Derecho de la Competencia en la Argentina es necesario llevar a cabo un análisis de los distintos aspectos que caracterizan el Derecho de la Competencia de acuerdo con la actual LDC (Ley 25.156). A tales efectos, se pueden distinguir dos grandes bloques de aplicación de las normas de la competencia: por un lado, el **enforcement**, que contempla la sanción de las conductas anticompetitivas (actuación *ex post*); y, por el otro, el control de las operaciones de concentración empresarial (control *ex ante*)¹⁵. Podría añadirse a estos dos bloques un tercero, relativo a la promoción de la competencia que, aunque incluya actuaciones que carezcan de efectos jurídicos inmediatos, tiene gran importancia para extender la cultura de la competencia en la Argentina, así como para ampliar los conocimientos de los mercados y, en buena medida, para aconsejar e influir a los Poderes Públicos para promover normativas favorecedoras de la competencia.

2.1 Acuerdos y prácticas anticompetitivas

El capítulo I de la Ley regula “los acuerdos y prácticas prohibidas”, configurándose el primero de sus artículos como el núcleo de todo el

sistema legal anticompetitivo, en el sentido de que contiene una prohibición general donde se fijan los tres parámetros que deben cumplirse –todos ellos, conjuntamente– para sancionar una conducta, esto es, para considerarla anticompetitiva. Ellos son los siguientes¹⁶:

- a) Que se trate de una conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes o de servicios
- b) Que tal conducta pueda distorsionar la competencia, término que engloba la acción de “limitar”, “restringir” y “falsear”, siendo el abuso de la posición dominante, una forma particular de distorsionar la competencia¹⁷
- c) Que la conducta distorsiva pueda resultar perjudicial para el bien jurídico protegido: “el interés económico general”.

Como se puede observar, la legislación argentina no determina prácticas ilegales per se, sino que habrá que atenerse a las circunstancias del caso, aplicando la “regla de la razón”. Por otro lado, no hay una nítida distinción de los acuerdos y acciones concertadas por un lado, y el abuso de la posición dominante por otro, sino que se establece una prohibición general de conductas anticompetitivas, para más adelante, enumerar prácticas específicas que resultan ilegales (estableciendo un *numerus apertus*), siempre y cuando se reúnan las condiciones dadas en el artículo 1. Esta falta de diferenciación entre conductas colusorias y abusivas en el texto legal produce que, en ocasiones, como más adelante se verá, la aplicación de la norma incluya, por ejemplo, una calificación de la conducta que incluye ambos tipos.

Respecto de los acuerdos anticompetitivos, la doctrina y las legislaciones tradicionalmente¹⁸ los ha clasificado en acuerdos horizontales, acuerdos verticales y abusos de posición dominante.

Acuerdos horizontales

Los acuerdos horizontales son los que se producen entre empresas competidoras que participan produciendo o intercambiando iguales o similares productos en un mismo mercado geográfico, y acuerdan fundamentalmente en forma directa o indirecta: a) establecer los precios; b) repartirse el mercado; y/o c) excluir actuales o potenciales

competidores¹⁹. Se trata de las conductas más dañinas para el funcionamiento competitivo del mercado.

Como ya se ha dicho, un acuerdo no es colusorio en sí mismo, sino únicamente en la medida en que se configuren los supuestos del artículo 1 de la LDC; sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a considerar ilegales determinadas prácticas de colusión explícita por considerar la conducta antijurídica suficientemente probada. El fundamento ha sido que, en tanto en cuanto el acuerdo tiene por objeto o efecto incrementar los precios o limitar las cantidades ofrecidas, el daño al interés económico general puede ser claramente inferido²⁰, es decir, lo han sancionado, sin esgrimir argumentos respecto a si el interés económico general podía o no haberse visto afectado. Un claro ejemplo de ello son los carteles, que constituyen la infracción de las normas de la competencia de mayor gravedad para el interés económico general, por cuanto supone no sólo un ataque a la eficiencia de las empresas, que no se ven obligadas a innovar y a ofrecer buenos productos o servicios a precios razonables al no verse presionadas por los competidores con quienes se cartelizan, sino también a los consumidores, que se ven obligados a pagar precios más altos a la vez que tienen menores posibilidades de adquirir una mayor variedad y calidad de bienes y servicios.

Por otra parte, dentro de los acuerdos de carácter horizontal se encuentran las decisiones y recomendaciones de los entes colectivos que incluyen en su seno a competidores entre sí, tales como las asociaciones empresariales, los colegios profesionales o las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales son acuerdos realizados entre empresas que se encuentran en diferentes niveles del proceso productivo o de distribución, si bien la doctrina en la Argentina tiende a no considerar ilícitos estos acuerdos si no fortalecen una posición de dominio o no facilitan acuerdos horizontales. Los acuerdos verticales incluyen la fijación de precios de reventa y otras restricciones que afecten las ventas a terceros, incluyendo límites de volumen de ventas y margen de beneficios de terceros, discriminación de precios y ventas atadas.

Por el contrario, de acuerdo con la corriente mayoritaria en otros países, no es necesario que los acuerdos verticales estén encaminados a crear o consolidar una posición de dominio, sino que basta que tengan por objeto o efectos restringir la competencia. Es muy amplia la literatura²¹ internacional sobre la materia, particularmente europea, que analiza las distintas formas de distribución restringida (particularmente la distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicias) como formas de limitar la competencia, las que, salvo que cumplan ciertos requisitos, pueden considerarse anticompetitivas.

Abusos de posición dominante

Por otro lado, en lo que al abuso de la posición dominante se refiere, constituye otro concepto utilizado por la LDC para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que se consideran anticompetitivas. Para que exista “abuso”, se requiere previamente que una persona, ya sea física o jurídica, tenga una posición de predominio en un mercado determinado, y que esa empresa se valga de dicha posición de dominio para afectar la competencia, excluyendo a un competidor, dificultando su ingreso en el mercado o bien imponiendo condiciones abusivas. Pero la posición de dominio no se extiende a la totalidad del mercado, sino que se refiere a un mercado relevante, previamente delimitado tanto desde el punto de vista del producto como geográfico. Podemos distinguir los abusos explotativos y los exclusionarios, y en la práctica argentina se han perseguido ambos, como se comentará más adelante²².

Comúnmente, el abuso de posición dominante se ha interpretado como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la “monopolización” de un mercado o los intentos de monopolización, que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio²³.

Como comentario general referido a la práctica de la CNDC en la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia, se puede señalar la demora por parte de la Comisión para analizar los expedientes sobre infracciones, cuya duración con frecuencia supera los cinco años hasta su conclusión. Sin embargo, conviene destacar que

a partir de 2016 se ha observado una significativa disminución del tiempo de tramitación de los expedientes, de forma que se ha reducido en 24 meses la duración media de tramitación de expedientes en los que se investiga la presunta comisión de conductas anticompetitivas. Por otro lado, se ha incrementado considerablemente los trabajos de la Comisión, de modo que durante el año 2016 se triplicó la cantidad de dictámenes emitidos por la CNDC con respecto al promedio de los últimos ocho años (período 2007-2015), pasando de un promedio de 33 dictámenes por año (promedio 2007-2015) a 97 dictámenes emitidos solo durante 2016.

2.2 Control de concentraciones económicas

Una de las funciones más importantes, aunque no esté prevista en todas las legislaciones en la materia, es la relativa al control de las operaciones de concentración empresarial. Este control está regulado en la legislación argentina a partir de 1999. Para evitar los efectos nocivos en el funcionamiento del mercado que se producen por el aumento de poder de mercado de los operadores, se ha optado por establecer determinados mecanismos preventivos (*ex ante*), como el control previo para algunas concentraciones. De esta forma, su análisis de aprobación o prohibición se ha basado en el hecho de que, como consecuencia de una concentración se pueda producir una situación en la que la competencia quede afectada de forma sustancial, bien porque se cree o se refuerce una posición dominante, bien porque se faciliten los efectos de cooperación o coordinación entre los competidores, ya sea dentro de un determinado mercado relevante o en mercados conexos.

De acuerdo con el artículo 6 LDC, existe concentración económica cuando una empresa toma el control de otra empresa o ejerce sobre la misma una influencia sustancial²⁴ o determinante, de forma duradera²⁵, siendo que “control” implica “poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social”²⁶. En este sentido, la Ley distingue cuatro actos que implican toma de control, a saber:

- a) La fusión entre empresas
- b) La transferencia de fondos de comercio

- c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma
- d) La transferencia de activos de una empresa o que le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria²⁷.

En consecuencia, la idea dominante en la concentración no se limita sólo a los supuestos de agrupación societaria o contractual clásica (fusión) sino que la idea esencial para considerar que existe concentración consiste en determinar si existe toma de control, de cualesquiera formas, tales como el dominio de sus activos o influyendo significativamente las decisiones empresariales. Se trata de una idea económica y no jurídica, y por ello, las pautas interpretativas tienen que partir de esa consideración²⁸. Según la interpretación que se ha venido dando a la norma, la constitución de *una joint venture* constituye un supuesto de concentración.

Por otro lado, las concentraciones económicas a las que se refiere la ley pueden ser horizontales, verticales, mixtas o de conglomerado²⁹. Respecto de estas últimas, se trata de acuerdos entre empresas que operan en mercados no vinculados entre sí, por lo que entre las empresas involucradas no existen relaciones horizontales ni verticales. Lo cierto es que mediante este tipo de operaciones es más difícil que se evidencie una afectación adversa a la competencia, por lo que sólo se considerará que son potencialmente perjudiciales en aquellos casos en los que se demuestre que, de no haber existido la concentración, una de las empresas involucradas habría ingresado como competidora al mercado relevante en el que operan las restantes empresas involucradas³⁰.

La sanción de la Ley 25.156 en 1999 trajo consigo una innovación fundamental en el esquema competitivo: la prohibición de las concentraciones que puedan afectar la competencia con posibilidad de perjuicio al interés económico general y la obligación de notificar previamente los actos

de concentración, o en el plazo de una semana desde la consecución del acuerdo.

Así, complementando el citado artículo 6 LDC, la normativa competitiva (en su artículo 7) señala que se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

A este respecto, resulta esencial tener una definición clara de "interés económico general". En los años que lleva vigente la Ley de Defensa de la Competencia, tanto la Comisión, como los distintos tribunales, han mantenido una cierta uniformidad de criterio (que parece haberse quebrado en los últimos tiempos), aun cuando no puede decirse que haya habido un rico desarrollo del concepto. Así, podemos resaltar que el daño al interés económico general se produce cuando hay una disminución del bienestar social, lo cual está íntimamente relacionado con el incorrecto funcionamiento del mercado, el llamado "excedente" de los consumidores y de los productores, y la falta de eficiencia económica³¹.

Al disponer el legislador que la prohibición de las concentraciones económicas "pueda" restringir o distorsionar la competencia, habilita a la Autoridad de Aplicación a intervenir antes de que se concreten y tomen una posición significativa del mercado³².

En relación con los umbrales de notificación³³, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 25.156, los actos indicados en el artículo 6, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas³⁴ supere en el país la cantidad de 200.000.000 de pesos³⁵, dichas empresas deberán notificar la operación al Tribunal de Defensa de la Competencia (función que, al no haberse constituido éste, en la práctica lleva a cabo la CNDC), para su examen.

El criterio para determinar si nace o no la obligación de notificar una operación de concentración para su control por la Autoridad de Aplicación, es por tanto, únicamente cuantitativo. Qué se considera "volumen de negocios total" del conjunto de empresas involucradas está suficientemente precisado por el párrafo segundo del referido artículo, y su cálculo se efectúa en base a las ventas

ordinarias de productos y servicios, conforme al último balance de las mismas y previa deducción de los descuentos, el impuesto al valor agregado y otros tales como el de ingresos brutos. Es decir, que debe sumarse la magnitud de los negocios de todas las empresas afectadas, antes del acto jurídico de concentración económica.

Ello se complementa con el inciso e) del artículo 10, que establece como excepción³⁶ a dicha obligación la situación en la que el monto de la operación y el valor de los activos –que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen– situados en la Argentina, no superen, cada uno de ellos, 20.000.000 de pesos (aproximadamente \$EE.UU.1,25 millones)³⁷.

Con independencia de volver posteriormente sobre este comentario, es de señalar que el proceso inflacionario a que se ha visto sometida la economía argentina desde el momento de la promulgación de la ley ha provocado que esa cantidad haya quedado desfasada. Como consecuencia de lo anterior, deben someterse a control operaciones de empresas que, por su dimensión, no tienen aptitud para afectar a la competencia, produciendo para ello importantes gastos (y dilaciones de tiempo) para las empresas, así como el hecho de que la CNDC ha de emplear sus medios y su tiempo en tramitar operaciones de escasa entidad y virtualidad desde la óptica de la competencia.

Respecto del plazo, conforme surge del propio artículo 8 de la ley, las empresas tienen dos vías para notificar: a) previamente a que se produzca la operación; o b) en el plazo de una semana, a contar desde la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. Esta última cuestión viene aclarada en el Decreto Reglamentario 89/2001, al fijar determinadas reglas respecto del inicio del cómputo del plazo. A modo de ejemplo, en el caso de las fusiones entre empresas, comienza a correr el día en que se inscriba el acuerdo definitivo de fusión, conforme lo previsto por el apartado 4 del artículo 83 de la ley 19.550; y en las adquisiciones de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos, de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.

Tal y como hemos adelantado, la CNDC recibe la notificación y es la encargada de su tramitación, estando también facultada para solicitar los requerimientos que considere necesarios en aras de obtener mayor información³⁸. Tras realizar el estudio oportuno, la CNDC emite un dictamen no vinculante en el que comunica sus conclusiones y realiza una recomendación, en la actualidad, al Secretario de Comercio, sobre la autorización, subordinación o denegación de la concentración. En consecuencia, es el Secretario de Comercio el órgano competente³⁹ para autorizar o denegar la operación, quién a su vez puede facultar a la CNDC para efectuar el seguimiento del condicionamiento dispuesto y para dictar las resoluciones necesarias a fin de determinar el contenido de la información objeto del monitoreo. De acuerdo con el artículo 13 de la LDC, la autoridad de competencia tiene un plazo de cuarenta y cinco días para tomar una decisión, que podrá ser: autorizar la operación, subordinar el acto al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas, o denegar la autorización. En caso de que no dictar resolución en dicho plazo, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, produciendo los mismos efectos que se describen a continuación (artículo 14 LDC).

Por último, cabe hacer mención a los efectos de dicha notificación. En las operaciones sujetas a la notificación obligatoria, los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros, una vez producida la aprobación tácita o expresa⁴⁰. En consecuencia, no es de extrañar que sea práctica habitual que los acuerdos de venta o transferencia de activos estén condicionados de forma suspensiva a la aprobación de la operación por la autoridad de competencia⁴¹. La falta de cumplimiento de dicha obligación de notificación conllevará una multa de hasta 1.000.000 de pesos diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica. Igual multa coercitiva podrá imponerse desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención.

Por otra parte, a pesar de los plazos señalados en la ley, la tramitación de los expedientes se alarga considerablemente, por lo que, si los acuerdos se implementan, aun cuando estén sometidos a la

condición suspensiva, un acuerdo de prohibición que conllevara la desconcentración se convierte en sumamente dificultoso⁴².

2.3 El procedimiento en materia de conductas: El procedimiento administrativo como normativa supletoria

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la LDC, se establece como ley supletoria la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, de forma que este esquema reemplaza el anterior procedimiento penal, el cual parecía estar pensado como una protección reforzada hacia los particulares, atendiendo a la potencialidad sancionatoria de la LDC, no obstante lo cual en los hechos no siempre ha prevalecido este criterio protector.

Ésta es una reforma que se ha introducido basada en una cierta coherencia, pues el procedimiento penal tenía difícil encaje para su aplicación por una comisión administrativa y un Secretario de Estado, y, además, lejos de suponer mayores garantías, suponía una severidad mayor, lo cual viene a contraponerse a lo buscado por el legislador⁴³. Se trata de una muestra más de la despenalización del derecho de la competencia y su incorporación al derecho privado patrimonial. Sin embargo, ello ha ocasionado un considerable problema en la medida en la que ha contribuido al alargamiento de los plazos para dictar resoluciones, introduciéndose un informe adicional. En efecto, tras el dictamen de la CNDC y antes de la Resolución del Secretario de Comercio, tanto en conductas como en concentraciones, se introduce un informe de la Dirección Jurídica, lo cual, como es lógico, contribuye a alargar los plazos, por lo que el cambio, aun pareciendo que obedece a la lógica, es objeto de crítica por todos los actores. Por otra parte, ese sometimiento a las reglas del procedimiento administrativo tiene un efecto negativo en la medida en la que supone un retroceso para la autonomía de la CNDC. En efecto, al exigirse un informe de la Dirección Jurídica, casi al mismo nivel que el de la CNDC, el papel determinante de éste, como Autoridad de la Competencia, queda en buena medida devaluado.

2.4 Tribunal de Defensa de la Competencia

En la configuración original de la LDC se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos del país, con el fin de aplicar y velar por el cumplimiento de la ley, con plena jurisdicción sobre todos los temas en materia de competencia y en todos los sectores de la economía. Este Tribunal estaría compuesto por siete miembros, con un mínimo de dos abogados y dos profesionales en ciencias económicas.

Sin embargo, dicho Tribunal nunca se constituyó, por lo que la Ley N° 26.993, promulgada en septiembre de 2014 y denominada “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”, eliminó la figura del Tribunal y estableció, en el vigente artículo 17 LDC, que sería el Poder Ejecutivo quien determinara la Autoridad de Aplicación de la LDC. Es importante tener en cuenta que esta redacción fue modificada al momento en que esta ley se analizó en el Congreso, ya que la redacción original expresamente establecía que la Secretaría de Comercio sería la Autoridad de Aplicación. Hasta este momento resta ver qué autoridad será designada por el Poder Ejecutivo, sea ésta la Secretaría de Comercio u otro organismo⁴⁴. A este respecto, la Corte Suprema había establecido, a través de dos sentencias⁴⁵, la continuación del sistema regulatorio dual creado por la anterior Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262, según el cual la CNDC, llevaría a cabo revisiones técnicas sobre control de concentraciones económicas e investigaciones y realizaría recomendaciones a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía (en adelante, la “Secretaría de Comercio”), que sería la Autoridad de Aplicación que resolviese.

Resulta evidente que la modificación del precepto contenido en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia supuso, posiblemente, el mayor retroceso en el sistema argentino de defensa de la competencia. La esperanza creada en la creación de un órgano independiente, como el TDC, ajeno al poder político y que pudiera aplicar las normas de la competencia sin estar sometido a la influencia del Poder Ejecutivo, se desvaneció por

completo. A partir del momento en el que la ley suprimió la posibilidad de creación del Tribunal, y atribuyó sus competencias a un órgano del Poder Ejecutivo, se lanzó un mensaje a la comunidad empresarial y económica según el cual las normas de la competencia, y especialmente las decisiones en materia de control de concentraciones, iban a depender exclusivamente de la voluntad política del Poder Ejecutivo.

De esta forma, hasta el momento en el que la constitución del Tribunal tuviera lugar, la Autoridad de Aplicación de la LDC continuó siendo el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, es decir, la prevista en la derogada ley de 1980 y, a partir de 2006 el Secretario de Comercio Interior, bajo el cual se encuentra la CNDC como una dependencia administrativa competente por la materia.

Esto generó dudas respecto de cuál de esas dos autoridades tenía las facultades establecidas en el ya derogado artículo 24⁴⁶ de la citada Ley de Defensa de la Competencia⁴⁷. Ante la falta de Tribunal, el propio Poder Ejecutivo impulsó una reforma en 2014 que concentró todas las decisiones en un único funcionario: el Secretario de Comercio. Como se indicará más adelante, al señalar los avances recientemente obtenidos, la Resolución 190/2016, de 28 de julio, clarifica el problema en tanto en cuanto se delegan en la CNDC determinadas competencias del Secretario de Comercio, como medida transitoria hasta la aprobación de una nueva ley que refuerce la independencia en la aplicación de la legislación de la competencia.

La no constitución del Tribunal y la consolidación como permanente de un régimen transitorio por el que el Secretario de Comercio era la Autoridad de Aplicación de la LDC motivó no pocas críticas, alguna de ellas demoledoras, como la contenida en la sentencia de 1 de febrero de 2010 de la Sala A de la Cámara de lo Penal Económico en el asunto TELCO⁴⁸. Dicha sentencia recayó en un recurso interpuesto contra una resolución del Secretario de Comercio en un expediente de concentraciones económicas por la que se aprobaba con condiciones una operación calificada como tal concentración.

La sentencia consideró que la Resolución recurrida debería anularse por estar llena de arbitrariedad, discrecionalidad y ligereza, ya que vulneraba de forma flagrante los derechos de defensa, al tiempo que incluyó en su pronunciamiento una segunda parte en la que solicitaba que se cursara comunicación al Poder Ejecutivo para que procediera a crear el Tribunal de Defensa de la Competencia. Se fundamentaban estas consideraciones en la necesidad de crear un organismo independiente, que había presidido la creación de tal Tribunal en la ley de 1999, como fórmula para despolitizar la aplicación de las normas de la competencia. Entre sus argumentos contundentes para fundamentar esa consideración se ponía de manifiesto que resultaba escandaloso que, trascurridos más de diez años desde la creación del Tribunal, éste no se hubiese constituido, perpetuando con tal actuación la injerencia política en la aplicación de las normas de defensa de la competencia que, de esta manera, seguían residenciadas en organismos tales como la CNDC y el Secretario de Comercio, es decir, en organismos dependientes del Poder Ejecutivo, que las aplicaban con criterios no técnicos sino mayoritariamente políticos. Consideraba la Cámara que esa forma de actuar, es decir, ignorar la creación de un organismo autónomo e independiente creado por la ley, constituía una forma de aplicar el viejo adagio colonial según el cual "la ley se acata pero no se cumple".

2.5 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

La CNDC es un organismo desconcentrado actualmente dependiente de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción, que fue creado en 1980, mediante la sanción de la Ley 22.262. A pesar de que en los inicios su papel era meramente consultivo, sus facultades han ido ampliándose paulatinamente.

A este respecto, y tal como se ha indicado anteriormente, al no haberse creado el Tribunal de Defensa de la Competencia, los procedimientos y facultades otorgadas a éste por la ley han sido en parte ejercidos por la CNDC, dando lugar a diversos problemas sobre el alcance de las mismas. Por otro lado, destacar que como consecuencia de la no constitución del Tribunal, la Comisión es en la actualidad la única autoridad técnica de

la competencia, por cuanto que la Autoridad de Aplicación, es un órgano político.

Por otro lado, está compuesto por un presidente y por cuatro vocales⁴⁹, los cuales permanecen cuatro años en sus funciones, con posibilidad de renovación de sus cargos. Conviene resaltar a este respecto que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto N° 491 de fecha 12 de marzo de 2002, los miembros de la CNDC, en su condición de personal en el ámbito de la Administración Pública, serán designados por el Poder Ejecutivo. En la práctica, los miembros de la CNDC son nombrados por el Presidente de la Argentina, mediante decreto.

Respecto de sus funciones, podemos destacar tres grandes ámbitos en los que ejerce competencias, a saber:

- a) Revisión técnica, investigación y análisis sobre control de concentraciones económicas, en las que más tarde, y mediante dictamen, realiza recomendaciones al Secretario de Comercio, que es la autoridad competente para resolver. En este sentido, lleva a cabo investigaciones de comportamiento y estructuras en determinados mercados.
- b) Tramitación de la instrucción de sumarios por conductas anticompetitivas, abuso de posición de dominio y cartelización. En este sentido, emite el correspondiente dictamen aconsejando al Secretario de Comercio, entre otros, sobre la imposición de multas.
- c) Promoción de la competencia mediante su participación en seminarios sobre asuntos de defensa de la competencia, en actividades de difusión en universidades, en foros y talleres internacionales, así como colaboración con otras agencias y organismos internacionales.

Realización de estudios en investigaciones de mercado, cuyo objetivo es realizar un diagnóstico de la situación competitiva de un mercado determinado, siendo que dicho estudio de mercado puede derivar en una investigación de mercado y así profundizar en el análisis⁵⁰. En caso de corresponder, una investigación de mercado puede derivar en la elaboración de recomendaciones pro-competitivas o en la apertura de una denuncia por conductas anticompetitivas.

2.6 Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia

El derecho de defensa de la competencia, entre otras cosas, refleja la voluntad del Estado de intervenir en las actividades económicas, a fin de conseguir un mercado competitivo en el que los consumidores puedan adquirir productos de buena calidad y a precios razonables.

No hay duda de que para lograr dicho objetivo, la disuasión juega un rol fundamental a la hora de dictar normas de defensa de la competencia. Las medidas correctivas, desde luego aportan cierto grado de disuasión frente a actuales y potenciales infractores, y más aún cuando, como veremos más adelante, el monto de las mismas se pretende incrementar en el proyecto de reforma de la LDC. Sin embargo, estas medidas correctoras aplicadas por la autoridad de competencia –que responden principalmente al interés general de la sociedad– claramente no son suficientes por sí solas, para lograr, al mismo tiempo, proteger el interés privado en el marco del derecho de defensa de la competencia⁵¹.

Así, independientemente del alcance real del efecto disuasivo de las acciones de daños en defensa de la competencia, no existen dudas respecto de que la ejecución privada de las normas de competencia presenta un factor adicional importante de disuasión en aquellas jurisdicciones en las que se ha presentado un desarrollo importante⁵², además de constituir la única forma de compensar a las víctimas por los daños producidos.

No es competencia de los tribunales nacionales civiles condenar u ordenar la cesación de las conductas contrarias al derecho de la competencia, en defensa del orden público económico, sino que la intervención de la jurisdicción ordinaria se ubica en el ámbito privado, tutelando los intereses económicos particulares que se han visto perjudicados por las conductas que prohíben los artículos 1 a 3 de la LDC. Tales prácticas anticompetitivas producen efectos directos entre los ciudadanos, al mismo tiempo que crean derechos subjetivos, cuya tutela, en las relaciones interprivadas, exige la intervención de los tribunales de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde tutelar los intereses privados protegidos por el efecto directo de

esas normas, no así el interés público en el mantenimiento de la libre competencia, ya que ello es competencia de la autoridad de competencia, y en última instancia, de los tribunales que conocen de los recursos contra sus resoluciones.

En la Argentina, desde la entrada en vigor de la Ley 25.156, se han dado muy pocos casos en los que se ejercieran acciones civiles de reparación de daños y, si bien existieron algunos antecedentes jurisprudenciales⁵³ que pudieron haber constituido un indicio para pensar que se observaría un mayor número de casos en los que se persiguiera la responsabilidad civil por daños anticompetitivos, la realidad es que no ha sido así.

Así, a pesar de que la jurisprudencia ha reconocido de forma expresa la posibilidad de indemnizar y reparar los daños por infracciones a las normas de competencia, y ello ha dejado la puerta abierta a futuros reclamos basados en resoluciones emitidas por la CNDC, la Argentina experimenta un subdesarrollo normativo en la materia⁵⁴.

En opinión de los expertos, este subdesarrollo de la ejecución privada de las normas de derecho de la competencia en la Argentina, se debe en gran medida a que es necesario que se produzcan cambios significativos en el sistema legal aplicable, con el fin de que se creen las condiciones suficientes que permitan que las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos tengan un marco razonable para su desarrollo.

Sería necesario, en consecuencia, modificar el marco normativo con la finalidad de facilitar estas acciones, que no solo favorecerán la posibilidad de que las “víctimas” de las conductas contrarias a la libre competencia puedan verse compensadas, sino que supondrán un elemento disuasorio adicional a la aplicación pública de las normas de la competencia, realizada por organismos administrativos⁵⁵.

2.7 La Autoridad de Aplicación

En el presente informe, se ha citado en varias ocasiones a la llamada “Autoridad de Aplicación”, por lo que en este apartado procede dar una aproximación a qué se considera como la autoridad de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en la LDC, que no en pocas ocasiones se ha visto cuestionada en los tribunales⁵⁶.

La CNDC y las distintas secretarías del Ministerio de Economía, han venido desempeñando desde

el año 1999 como Autoridades de Aplicación de la LDC, en función de revestir el carácter de tales bajo la ya derogada Ley 22.262, la Ley 25.156 y el Decreto N° 357/2002⁵⁷. Sin embargo, como ya hemos adelantado, con la sanción de la actual LDC se decide crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo que establecer a dicho Tribunal como la Autoridad de Aplicación. No obstante, atento a la falta de creación del Tribunal en el año 2014, la Ley 26.993, reemplazó el artículo 17 LDC para determinar que “el Poder Ejecutivo nacional determinará la autoridad de aplicación de la presente Ley”. En este sentido, el proyecto inicial enviado por el Poder Ejecutivo establecía que la Autoridad de Aplicación sería la Secretaría de Comercio, sin embargo, dicha atribución de competencia fue modificada en sede del Parlamento, quedando la cuestión para ser resuelta por vía de delegación o en oportunidad del dictado de una nueva reglamentación o implementación de la LDC por parte del Poder Ejecutivo⁵⁸.

En ausencia del Tribunal, desde el dictado de la Ley 25.156, tanto la CNDC como el Secretario correspondiente emitieron resoluciones en materia de defensa de la competencia, y como era de esperar, ello conllevó cuestionamientos de competencia de ambos organismos para aplicar la LDC en sede judicial.

Finalmente, en mayo de 2015, el Poder Ejecutivo modificó el anexo II del Decreto 357/2002⁵⁹ en aras de asignar a la Secretaría de Comercio el papel de Autoridad de Aplicación. En consecuencia, se limitan considerablemente las funciones de la CNDC, asignándole tareas operativas, meramente consultivas y administrativas.

A partir de 2016 se ha introducido un significativo cambio en la materia, de modo que, como sistema transitorio hasta la futura reforma de la ley, se ha producido una delegación de ciertas facultades que corresponden al Secretario de Comercio, como Autoridad de Aplicación, en la CNDC⁶⁰.

2.8 El procedimiento de control de comportamientos

Ya hemos tenido ocasión de comentar el procedimiento de control de concentraciones, por lo que aquí interesa analizar el procedimiento de control de comportamientos, es decir, de los actos

o conductas manifestados de cualquier forma, y que tengan por objeto o efectos los mencionados en el artículo 1 de la LDC.

El procedimiento de aplicación de la LDC, regulado en el capítulo VI de la LDC, puede iniciarse tanto de oficio como por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Las infracciones prescriben a los cinco años.

La actual regulación ocasiona determinados problemas relativos a la iniciación, en primer lugar por cuanto que las denuncias deben ser necesariamente tramitadas, no contemplándose un trámite rápido de desestimación de las denuncias que, a simple vista, se refieran a hechos que no son constitutivos de infracción en materia de competencia⁶¹. Por otra parte, la iniciación de oficio corresponde al Secretario de Comercio y no a la CNDC.

En el caso de iniciarse por denuncia, uno de los requisitos que debe contener la misma es una explicación clara de los hechos en los que se funda. Por su parte, en el supuesto de que el procedimiento se inicie de oficio, se contempla el traslado al presunto responsable de la relación de los hechos y la fundamentación que lo motivaron. Igualmente, si la denuncia fuera considerada pertinente, se le dará cita para que brinde las explicaciones que estime que corresponden. Contestada la vista, o vencido el plazo de diez días, la CNDC deberá resolver sobre la procedencia de la instrucción del sumario, de tal forma que si considera satisfactorias las explicaciones, o si concluida la fase de instrucción no existen indicios suficientes para proseguir con el procedimiento, se dispondrá su archivo.

Una vez concluida la instrucción (que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de ciento ochenta días), los presuntos responsables tienen un plazo de 15 días para efectuar su descargo y ofrecer las pruebas sobre las conductas imputadas, que acrediten el cumplimiento de la ley. Concluido el período de prueba, las partes podrán alegar en el plazo de seis días sobre el mérito de la misma, siendo que las decisiones de la CNDC en materia de prueba son irrecurribles. Finalmente, tras la investigación realizada, a la vista de los hechos denunciados y la prueba practicada, la CNDC prepara un dictamen que eleva a la Autoridad de Aplicación –el Secretario de Comercio–, quién

dictará resolución en un plazo máximo de 60 días⁶². Dicha resolución pone fin a la vía administrativa. Un problema surge con los plazos, en la medida que son plazos reglamentarios, cuyo incumplimiento no supone la caducidad del expediente, con lo cual son ampliamente rebasados.

Por otro lado, el artículo 35 de la LDC establece la posibilidad de las partes de solicitar medidas cautelares, con la finalidad de cesar el perjuicio ocasionado por la conducta anticompetitiva o el abuso de la posición dominante: “el Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión”. A este respecto, recordemos que la CNDC y la Secretaría de Comercio son las actuales Autoridades de Aplicación con facultades para analizar y decidir casos vinculados a defensa de la competencia hasta tanto se constituyera el Tribunal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina⁶³ ha reiterado la distinción entre las actividades a cargo de la CNDC y aquellas a cargo de la Secretaría de Comercio, a saber: actividades de investigación y asesoramiento y; actividades resolutorias, respectivamente. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina consideró que dentro de estas últimas se encontrarían las medidas cautelares, por lo cual en varias ocasiones ha revocado una resolución⁶⁴, por incompetencia de la CNDC para dictar medidas cautelares.

Asimismo, conviene destacar que el artículo 36 de la LDC prevé un modo específico de terminación de los expedientes, sin sanción, la terminación convencional. Según dicho precepto, el presunto responsable podrá comprometerse al cese o modificación de la conducta investigada, antes de que se dicte resolución. En el supuesto de ser asumibles y resolver los problemas de competencia que se plantean, podrán ser aprobados por la Autoridad de Aplicación. Si trascurren tres años desde su fecha y durante ese período de tiempo los compromisos efectivamente son cumplidos, se procederá al archivo de las actuaciones.

El procedimiento de los compromisos y terminación convencional constituye una forma específica de terminación de los expedientes que

tiene su razón de ser en la confluencia de dos intereses: a) poner fin de forma inmediata a la conducta anticompetitiva y b) ahorrar los gastos que comporta la tramitación de un expediente, permitiendo que la autoridad de competencia dedique sus esfuerzos a la tramitación de los casos más importantes. La presentación de compromisos no conlleva la aceptación de la culpabilidad de quien los propone, e implica la no imposición de una multa.

Obviamente, por la propia configuración y finalidad del instituto de la terminación convencional, está reservado a los casos de menor afectación al interés económico general⁶⁵. Ahora bien, podría objetarse que el período de aceptación de los compromisos (hasta el momento de dictarse la resolución) es extremadamente dilatado ya que, si uno de los objetivos es precisamente liberar recursos materiales y personales para la investigación de conductas de mayor trascendencia, unos compromisos aceptados cuando la totalidad del expediente ya ha sido tramitado supone que no se cumple ese objetivo. Sin embargo, en la medida en la que no existe un derecho a la terminación convencional que asista a los presuntos responsables, si los compromisos se presentan a última hora, cuando ya se prevé la sanción y en aras a evitarla, la CNMC siempre podrá no proponer ese modo de terminación del expediente, y no aceptarlo la Autoridad de Aplicación.

También interesa destacar que, en este capítulo referido al procedimiento, se prevé la posibilidad de que la CNDC convoque a una audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones, o confiera intervención como parte coadyuvante, en los procedimientos que se sustancien ante la misma, a los afectados por los hechos investigados y a las asociaciones, provincias o toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.

2.9 Sanciones

A continuación del procedimiento, la LDC dedica los artículos 46 y siguientes a regular las sanciones que pueden aplicarse a *“las personas físicas o de existencia ideal”* que no cumplan con las disposiciones de la ley. Así, el primero de los artículos enumera dichas sanciones, a saber:

- a) El cese de los actos o conductas.
- b) Multas de diez mil pesos (\$10.000⁶⁶) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000⁶⁷)⁶⁸.
- c) Cuando se verifiquen actos que constituyan abusos de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de la LDC, la Autoridad de Aplicación puede imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas.
- d) Los que no cumplan con las siguientes obligaciones: notificar las concentraciones, realizar el cese o la abstención de la conducta lesiva que ordene la CNDC, en cualquier estado del proceso y el compromiso del investigado de cesar la conducta o variarla se les impondrá una multa de hasta un millón de pesos diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención.

En virtud del artículo 48 de la LDC, cuando una persona jurídica es sancionada “la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hayan contribuido, alentado o permitido la infracción”.

Además, el citado artículo también dispone que la CNDC pueda imponer “una sanción complementaria de inhabilidad para ejercer el comercio de uno a diez años”.

No hay duda de que el fin último de las multas es la prevención, por lo que deben cumplir dos objetivos: castigar y disuadir, sin olvidar el principio de proporcionalidad. El incumplimiento de las normas en materia de competencia resulta rentable si el infractor queda impune o es sancionado levemente, lo cual es patente en el caso de los carteles, donde el incremento de los precios puede llegar a generar grandes

beneficios a las empresas involucradas. En consecuencia, las sanciones han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.

El monto de las sanciones económicas previstas en la legislación argentina de defensa de la competencia es inferior a las establecidas en la normativa de países con mayor desarrollo en la materia, por lo que se trata de un punto de elevada importancia a reformar. Conviene resaltar que dichas sanciones perdieron su poder de disuasión, en gran parte debido al contexto inflacionario y a la devaluación de la moneda en la Argentina, pues al momento de sancionarse la Ley 25.156 la multa máxima equivalía a 150 millones de dólares, pero actualmente su equivalencia ha quedado reducida a 9 millones de dólares. Tendremos ocasión más adelante de comentar la modificación en materia de sanciones prevista en el último proyecto de reforma de la LDC. Por otra parte, existe la posibilidad de imponer sanciones de un potencial gran efecto disuasorio (inhabilitación de directivos, medidas estructurales...), si bien el hecho de que no se vayan a aplicar, en la medida en la que nunca lo han hecho, debilita tal efecto.

2.10 La apelación judicial

La efectividad de la Comisión y de la política de competencia está afectada por la calidad de las instituciones judiciales, que actúan a través de las apelaciones a las decisiones de la Autoridad de Aplicación.

A lo largo de la última década ha existido una discusión en torno a cuál era el tribunal competente para revisar las apelaciones contra las resoluciones emitidas por la Autoridad de Aplicación, y concretamente, de si debería ser la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal o la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, pues ambas han dictado sentencias en cuestiones de Derecho de la Competencia. En algunos casos se generaron conflictos positivos y negativos de competencia entre las diferentes salas de ambas Cámaras.

De esta forma, a la indefinición de la Autoridad de Aplicación durante largos años, se unen las dudas sobre el órgano jurisdiccional competente para

las revisiones de las resoluciones del dictadas en materia de competencia, si es la Cámara Nacional en lo Penal Económico o la Cámara Civil y Comercial Federal del país, si bien la jurisprudencia mayoritaria se inclina por la competencia de este último Tribunal⁶⁹. Para añadir mayor confusión, podría pensarse que la sumisión de las normas de procedimiento a las de procedimiento administrativo podría llevar a la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien no se admitió esa conclusión, en la medida en la que la modificación de las reglas no supuso alteración del fuero.

2.11 Promoción de la competencia

Tenemos ocasión ahora de comentar aquellas actividades que lleva a cabo la autoridad de competencia, y más concretamente, la CNDC, y que están relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, principalmente mediante la relación con otras entidades gubernamentales y el fomento de los beneficios de la competencia. Para ello, la CNDC promueve las relaciones institucionales e internacionales mediante la organización de seminarios sobre cuestiones de defensa de la competencia, actividades de difusión en universidades, cámaras empresarias y otras organizaciones del sector privado. Asimismo, en el ámbito internacional, la CNDC ha participado en foros y talleres internacionales, en pasantías y capacitaciones en otras agencias de competencia, al tiempo que ha colaborado con otras agencias y organismos multilaterales.

A pesar de que estas actividades venían desarrollándose con anterioridad, las reformas llevadas a cabo a partir del año 2016 han acentuado considerablemente su importancia. En efecto, con anterioridad a ese año no existía un área específica, en el seno de la CNDC, encargada de la promoción de la competencia. Pero es en este año 2016 cuando tuvo lugar una importante modificación de la estructura organizativa de primer nivel operativo de la CNDC. El órgano encargado de llevar a cabo dichas actividades es actualmente la Dirección de Promoción de la Competencia, creada en el ámbito de aprobación de la actual estructura organizativa de la CNDC, en virtud de la Decisión Administrativa 759-2016 y la Resolución 614/2016. De esta forma, tal y

como establece el Anexo II de la citada Resolución 614/2016, serán acciones de la Dirección de Promoción de la Competencia, las siguientes:

- e) Promover la competencia, transparencia y eficiencia de los mercados a través del fomento y difusión del marco jurídico, regulatorio e institucional.
- f) Establecer y mantener activas las relaciones institucionales con organismos internacionales, otras agencias de competencia y organizaciones públicas y privadas.
- g) Coordinar la participación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en eventos, reuniones, foros y congresos relacionados a su función.
- h) Analizar la evolución de la doctrina y jurisprudencia internacional en materia de promoción de la competencia.
- i) Elaborar lineamientos de conductas para el sector público y privado que promuevan la competencia en los mercados.

3. COMENTARIO A LOS ASUNTOS MÁS RELEVANTES

En el presente apartado nos referimos al comentario de determinados casos de defensa de la competencia, que han tenido lugar en los últimos años en la Argentina, que se han considerado de relevancia práctica, y que presentan elementos ligados con la cartelización, las relaciones verticales, los abusos de posición dominante y las concentraciones económicas. Finalmente, se hará mención a las actividades relacionadas con la promoción de la competencia.

3.1 Acuerdos horizontales

Cartel del cemento

Aunque se trata de una resolución con cierta antigüedad (2005), la importancia de la misma sigue vigente, en la medida en la que se trata del expediente en el que se impusieron significativas multas a las seis empresas denunciadas (en total \$309.729.289.10, con multas a dos de ellas superiores a los 100 millones de pesos), reducidas por la jurisdicción de la Cámara Nacional Penal Económica en una cantidad insignificante.

Los acuerdos llevados a cabo por cinco empresas cementeras se desarrollaron durante un largo período de tiempo, sin embargo, la sanción no se extendió más que a las prácticas colusivas en los años de vigencia de la Ley de 1980 (1981 - 1999) aun cuando las conductas fueran anteriores a esa fecha y se prolongaran más allá de 1999.

Dado que los acuerdos se formalizaron en el seno de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP), en especial como vehículo de intercambio de información entre competidores (las cinco empresas sancionadas), se la incluyó entre las sancionadas.

La CNDC analizó la información relativa a las cantidades producidas y vendidas por cada empresa en cada región del país, información que AFCP elaboraba y distribuía entre las empresas cementeras. Esa información era considerablemente detallada y podía servir para facilitar la colusión tácita entre las empresas así como para monitorear el cumplimiento de pactos entre ellas.

La Resolución se basó en el comportamiento paralelo de las empresas, referido al mantenimiento de las cuotas de mercado y la coordinación de precios en algunas ciudades, lo cual, unido a la información que se recababa a través de la AFCP, ponía de manifiesto una conducta que podía ser constitutiva de un cartel.

Como puede apreciarse, las pruebas eran de presunciones o circunstanciales, pero al mismo tiempo sirvieron para fundamentar la sanción, en la medida en la que se mantuvieron las cuotas de mercado, había pruebas de ciertas coincidencias de precio, y la información obtenida en el seno de la Asociación era válida para la concertación. Los indicios estaban probados, la colusión era una consecuencia válida de esos indicios y no existía explicación alternativa válida, requisitos todos ellos exigibles en derecho sancionador para aceptar la prueba de presunciones o circunstancial. Por otra parte, se obtuvieron pruebas de represalias a una empresa que se separó de los acuerdos de reparto de mercado, y así como pruebas de algunos concretos acuerdos de precios. En definitiva, la sanción no se basó exclusivamente en el paralelismo de los precios, sino que a éste se sumaron pruebas adicionales.

Una novedad en la práctica de la CNDC se contiene en esta Resolución, y ello abunda en la adecuación de incluirla entre las que merecen ser destacadas, consistente en el sistema utilizado para el cálculo del importe de la multa. La Ley 22.262 establecía una multa máxima exclusivamente de \$529.289, cantidad ésta que sólo podía incrementarse en virtud del beneficio ilícito obtenido por las empresas denunciadas⁷⁰. Hasta la Resolución comentada, el criterio del beneficio ilícito obtenido por la conducta únicamente había sido utilizado en supuestos en los que el cálculo de dicho beneficio ilícito fue posible obtenerlo por medios objetivos. En este caso, en cambio, la CNDC optó por estimar el beneficio mediante una estimación subjetiva según la cual, se consideraba que el beneficio ilícito ascendía al 1% de las ventas del producto durante el período de la conducta⁷¹.

La Resolución del Secretario de Coordinación Técnica, Autoridad de Aplicación de la ley en el momento de la Resolución, fue objeto de recurso. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por sentencia de 26 de agosto de 2008, desestimó el recurso, si bien corrigió levemente el importe de la multa. Por sentencia de 9 de mayo de 2013, la Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

Cartel de automotrices

En el año 2008, dos personas físicas presentaron una denuncia contra determinadas concesionarias de vehículos en la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por una presunta concertación de precios para la venta de vehículos automóviles en dicha provincia.

Tras una primera investigación que se limitó a las concesionarias, la CNDC, en el año 2012, amplió la investigación a trece fabricantes e importadores de vehículos, y continuó el procedimiento hasta proponer a la Autoridad de Aplicación el archivo de las actuaciones respecto a las concesionarias y a cuatro de los fabricantes y/o importadores, y la sanción de los nueve restantes.

Por Resolución de 12 de diciembre de 2014, el Secretario de Comercio, como Autoridad de Aplicación, hizo suyo el Dictamen de la CNDC y sancionó por el importe máximo permitido en

la ley (\$ 150.000.000) a siete fabricantes, y por cantidades algo menores a los dos restantes, por concertar los precios de los vehículos automóviles en el Área Aduanera Especial (AAE).

Según el Dictamen de la CNDC, la conducta atribuida a las imputadas consistía en lo siguiente:

- a) Fijar los precios de los vehículos de algunos modelos kilómetro 0 en el AAE al mismo nivel que en el resto del territorio argentino
- b) No trasladar al precio de los vehículos la exención de impuestos a la importación y otros impuestos
- c) No trasladar los reintegros a la exportación por los componentes fabricados en la Argentina
- d) Limitar la importación de vehículos extra-Mercosur.

Las evidencias para esta conducta consistía en un análisis del paralelismo de las conductas entre los fabricantes o importadores imputados, que producía que los precios fueran superiores en comparación con los existentes en Chile, en una zona igualmente exenta de aranceles, y coincidían con los aplicados en el resto del territorio argentino, que no tenía la citada exención. Pero el caso es que no se había obtenido ninguna prueba adicional de la concertación más allá de presunciones basadas en la estructura del mercado de la automoción. En ese orden de cosas, se señaló que las imputadas tenían una posición de dominio colectiva en porcentajes próximos al 100% del mercado, y que el comportamiento de las empresas era completamente diferente al existente en otras áreas similares de libre comercio.

La Resolución fue objeto de múltiples críticas: en primer lugar, porque los fabricantes e importadores no fueron los denunciados; y, en segundo lugar, porque no se siguió el criterio del paralelismo plus, es decir, que el mero paralelismo de los precios no basta, en ausencia de pruebas adicionales, para probar la concertación. A pesar de que la CNDC consideró que había elementos de prueba adicionales al paralelismo de las conductas, estas consideraciones adicionales no pasaban de ser argumentos relacionados con la estructura del mercado que facilitaba la colusión, pero sin que existieran en el expediente otras pruebas, tales como la existencia de reuniones o de contactos entre los presuntos miembros del cartel.

Contra la sanción de multa las empresas interpusieron recurso de apelación, el cual tramitó ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, que rechazó los planteos de nulidad interpuestos por las recurrentes, se expidió sobre la cuestión de fondo y revocó la Resolución de la Autoridad de Aplicación. Contra estas sentencias, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, el cual se encuentra pendiente de decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia del país.

Cartel de las Gelatinas Medicinales

El Secretario de Comercio, en su Resolución de 4 de diciembre de 2015 incorporó el Dictamen de la CNDC y sancionó a cuatro laboratorios farmacéuticos por la realización de prácticas concertadas en licitaciones convocadas por hospitales públicos desde el año 2005 hasta el año 2007, orquestando falsas condiciones de competencia, en las distintas modalidades de compra del expansor plasmático, en base a gelatinas formuladas para establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados.

El presente procedimiento, cuyo análisis se extendió por un periodo superior a nueve años, se practicaron allanamientos en las sedes de las empresas investigadas, así como en ciertos establecimientos de salud y hospitalarios. Su importancia se debe a la existencia de un hecho particularmente novedoso, por cuanto que se sancionó, con una multa de 200.000 pesos a cada uno, a tres personas físicas representantes de los laboratorios investigados. Evidentemente, además de las cuatro multas de 10 millones de pesos a cada una de las empresas farmacéuticas.

La Resolución fue recurrida ante la Cámara de Apelaciones de lo Penal Económico, y está pendiente de dictarse la sentencia.

3.2 Acuerdos verticales

Con independencia del debate existente sobre el carácter anticompetitivo de las restricciones verticales, no hay duda de que éstas son considerablemente menos dañinas para la competencia que las horizontales, lo cual se pone de manifiesto en el hecho de que en las jurisdicciones más avanzadas en materia

de competencia se muestra actualmente una tendencia decreciente a su persecución.

En la Argentina, la CNDC y la Autoridad de Aplicación tampoco se han centrado especialmente en la persecución de estas restricciones verticales, aun cuando una actuación en ese campo ayudaría a una clarificación de los diversos sistemas de distribución restringida (distribución exclusiva, selectiva, franquicia...) al tiempo que alumbraría determinados supuestos que en la práctica decisional de la mayor parte de las jurisdicciones, tales como la fijación vertical de precios o la prohibición de ventas pasivas a los distribuidores exclusivos, siguen considerándose ilícitos.

Como ya se indicó con ocasión del informe que se elaboró para el *peer review* realizado por la OCDE en el año 2006, en el período de 2001 a 2006 por parte de la CNDC sólo se resolvieron tres casos de restricciones verticales y ninguno de ellos derivó en la imposición de sanciones. Lo mismo podríamos decir de la actuación de la CNDC en los años siguientes hasta 2016, si bien, tanto antes como ahora, se contemplaron supuestos de restricciones verticales en casos de abuso de posición dominante. Es cierto que una buena parte de la doctrina argentina⁷² considera que las restricciones verticales, incluso la exclusividad absoluta y la fijación vertical de precios, son lícitas y no anticompetitivas. Esto va en línea con la mayor parte de la práctica decisional de la CNDC y la Autoridad de Aplicación, que parece seguir esa teoría en la medida en la que no suele sancionar restricciones verticales si no van acompañadas de restricciones horizontales o de conductas abusivas de una posición dominante.

El caso del fútbol televisado

Un caso paradigmático de los supuestos en los que se analizan restricciones verticales lo constituye el caso del fútbol televisado⁷³ en el que se sancionó la conducta, por un lado de dos empresas (TRISA y TSC) titulares de los derechos de transmisión por televisión del campeonato argentino, y por otro a los tres operadores de televisión de cable en Buenos Aires. El Dictamen de la CNDC, y con él la Resolución de la Autoridad de Aplicación, consideró que los titulares de los derechos habían impuesto, en situación dominante, las condiciones a los operadores por cable para que éstos ofrecieran a los abonados un mismo paquete denominado "sistema codificado" y por el

mismo precio, lo cual tendría efectos exclusorios hacia otros operadores. Cabría preguntarse si en realidad el análisis de la CNDC no tomó en cuenta que se había producido un cartel entre los tres operadores de cable, mientras que las dos titulares de los derechos actuarían como “policías del cartel”⁷⁴.

La Resolución fue anulada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico⁷⁵, que consideró que se trataba de una práctica vertical de carácter lícito. Este diferente criterio se explica por las diferencias existentes en la determinación del mercado relevante realizada por la CNDC y por dicha Cámara. A este respecto, mientras que para la CNDC el mercado relevante estaba constituido por los derechos de transmisión en directo de los partidos del campeonato argentino de fútbol de primera división (tratándose, en consecuencia, de un monopolio del grupo TRISA-TSC), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por el contrario, determinó que el mercado relevante involucraba a todos los programas televisivos de fútbol, ya fuera los que emitían fútbol argentino como extranjero, en directo o en diferido. Sobre la base de lo anterior, no resulta extraño que dicha Cámara se cuestionara que el grupo TRISA-TSC tuviera una posición dominante como proveedor de programas televisivos de fútbol, y al ser una conducta vertical realizada por quien carecía de posición dominante, consideró que no existía infracción. Contra este fallo se interpuso recurso ante la Corte Suprema de Justicia del país, que consideró que no se daban los presupuestos para admitir el recurso, ya que la Cámara de Apelaciones no había dictado una sentencia arbitraria sino que había realizado una lectura de las pruebas distinta de la realizada por la CNDC.

En este apartado se puede afirmar que la aproximación que la CNDC realiza en estos casos al tema controvertido de las restricciones verticales consiste en englobarlas en otras conductas anticompetitivas, particularmente el abuso de posición dominante, como más adelante se comprobará al comentar la Resolución Clorox. En cualquier caso, existe una cierta tendencia, manifestada de forma particularmente clara en la jurisprudencia de las Cámaras, encaminada a no considerar anticompetitivas las restricciones verticales, incluso aquellas que, como la fijación

vertical del precio de reventa, otras legislaciones y jurisdicciones consideran como colusorias.

3.3 Abuso de posición dominante

Caso Clorox: Abuso exclusorio o exclusionario

En la Resolución del Secretario de Comercio de 17 de abril de 2015 se impuso a la mercantil Clorox Argentina S.A. (Clorox) una multa de \$50.000.000 por su conducta en el mercado de las aguas lavandinas, que constituía un abuso de su posición dominante en dicho mercado, dificultando asimismo la presencia en el mismo de los productos de un competidor. Todo ello de conformidad con el Dictamen de la CNDC, que se incorporó a la Resolución.

En el expediente, a solicitud de la empresa denunciante, competidora de la denunciada, se adoptaron medidas cautelares, ordenando la suspensión de las conductas de Clorox, consistentes en la negativa de suministro de su producto, o la limitación de los descuentos practicados a los mayoristas que adquirieran el producto del denunciante competidor. El denunciante motivó su denuncia en el hecho de que Clorox tenía posición de dominio en el mercado de las aguas lavandinas y que con su conducta se conducía a la exclusión de su producto en el mercado relevante. La investigación se entendió igualmente a otras conductas, tales como la imposición por parte de Clorox de un “gap” de precios a los mayoristas.

El dictamen de la CNDC consideró que la conducta investigada constituía un abuso de posición dominante de efectos exclusorios. Para llegar a esa conclusión, en primer lugar, delimitó el mercado relevante desde el punto de vista del producto (aguas lavandinas) así como el geográfico (dimensión nacional), y llegó a la conclusión de que en ese mercado Clorox tenía posición de dominio. Con estos parámetros resultaba evidente que la conducta de Clorox tenía un objeto anticompetitivo, encaminado a dificultar la presencia en ese mercado de otros competidores, entre ellos, el denunciante⁷⁶. Se trata de un ejemplo nítido de conducta realizada por el operador dominante para consolidar su privilegiada posición de dominio, en la medida en la que impone a los distribuidores y clientes unas condiciones más gravosas si adquieren productos

de los competidores que si se limitan a adquirir los productos del dominante. Esa conducta es contraria a la competencia por el objeto, pues claramente consiste en limitar o dificultar la presencia de competidores en el mercado, y es por ello por lo que se trata de un típico abuso exclusorio.

Se ha de poner de manifiesto que en el texto del Dictamen se incluyen menciones relativas a las restricciones verticales en un caso de abuso. Así, por ejemplo, se menciona que los hechos denunciados en el expediente “encuadran dentro de las denominadas prácticas exclusionarias de tipo vertical”, para indicar más adelante que la fijación vertical de precios constituye un supuesto contrario a la libre competencia en los siguientes términos: “las acciones verticales dirigidas a fijar los precios en diferentes etapas de la comercialización afectan diversos elementos constitutivos de los mercados competitivos”. Ahora bien, de estas consideraciones no se deduce una sanción por restricciones verticales (conducta bilateral o multilateral) ya que exclusivamente se sanciona por una conducta unilateral de abuso de posición dominante.

Caso Yacimientos Petrolíferos Fiscales: Abuso explotativo

La Autoridad de Aplicación, siguiendo el Dictamen de la CNDC, impuso a YPF una multa de 109.644.000 pesos, al tiempo que ordenó el cese de la conducta. Aunque se trata de una Resolución antigua, en la medida en la que es la multa más elevada impuesta hasta ese momento por abuso de posición dominante, resulta conveniente su comentario.

El procedimiento contra YPF se inició de oficio en agosto de 1997, tras la elaboración de un estudio que ponía de manifiesto la existencia de circunstancias significativas en el mercado de gas licuado de petróleo (GLP) a granel, así como los significativos incrementos de precios producidos de 1992 a 1997, incrementos que no estaban justificados en unos mayores costos de producción. Asimismo, se ponía de manifiesto un contexto de práctico estancamiento de la demanda interna, un importante aumento de la producción y exportación por parte de la empresa y una brecha creciente entre los precios de venta a fraccionadores locales y los precios de exportación.

Se investigó si YPF, empresa con posición dominante en el mercado de abastecimiento a granel en el mercado de GLP, llevaba a cabo una política de restricción de la oferta interna para así mantener alto el precio de venta en el mercado nacional en comparación con los precios de exportación. La presunción era que, si YPF en vez de destinar a la exportación un volumen importante de su producción, la destinaba al mercado doméstico, los precios en el interior de la Argentina se igualarían a los precios de exportación.

Se definió el mercado relevante como el de la comercialización doméstica de GLP a granel, incluyendo tanto la demanda del sector petroquímico, como la de los fraccionadores locales. La oferta estaría constituida por todas las empresas locales productoras de GLP. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado relevante, se consideró que era nacional.

La definición del mercado relevante partió de la consideración de sustituibilidad, tanto de la oferta y como de la demanda, y se concluyó, desde el punto de vista de la demanda, que ni el sector petroquímico ni los fraccionadores locales contaban con la posibilidad efectiva de sustituir el GLP por otro producto. Desde la óptica de la oferta, la existencia de importantes barreras de entrada para importar GLP llevaba a la conclusión de que no era posible encontrar fácilmente suministros alternativos. Establecido ese mercado relevante, se determinó que en el mismo YPF estaba en posición dominante.

Con estos parámetros, correspondió a la CNDC analizar si la conducta podía ser considerada como abusiva. YPF, según el Dictamen, llevó a cabo una política comercial consistente en desviar de forma significativa su producción hacia la exportación, al objeto de mantener relativamente altos los precios domésticos en comparación con los de exportación, con el añadido de que se prohibía la reimportación. Para ello se conjugaron varios factores, todos ellos interrelacionados: el desvío masivo de su producción de GLP hacia la exportación, el aumento de los precios domésticos, la existencia de discriminación de precios entre el mercado doméstico y el mercado exterior, y las cláusulas contractuales de no reingreso del producto exportado.

La necesidad de la búsqueda de afectación al interés económico general produjo que se analizara que, aunque la conducta hubiera tenido lugar en el mercado mayorista, los efectos se producían “aguas abajo” en el mercado de la venta a los consumidores, que se verían obligados a pagar una cantidad superior a la que pagarían en ausencia de conducta abusiva, en la medida en la que los fraccionadores repercutirían en los consumidores los incrementos de precios. Por otra parte, existía un factor de agravación de la conducta, en la medida en que se trataba de un producto de primera necesidad, precisamente para los habitantes de menores ingresos que no tenían acceso a las redes de gas natural.

Para el cálculo de la multa impuesta se tomó en cuenta, no tanto el perjuicio al interés económico general sino el beneficio ilícitamente obtenido por YPF, como consecuencia de su conducta abusiva. De esta forma, se estimó que el beneficio ilícito total por el período investigado era de \$91.370.000, cantidad que fue incrementada en un 20% que permitía el artículo 26 de la LDC, y en consecuencia la multa quedó establecida en \$109.644.000.

Como comentario a esta resolución se puede poner de manifiesto que se trata de un supuesto en el que se sanciona la fijación de precios abusivos, una forma del llamado “abuso explotativo”, frente a la figura del “abuso exclusorio”, cuyos efectos anticompetitivos son manifiestos. No resulta fácil determinar cuándo un precio es abusivo, pero hay supuestos, como el analizado en la Resolución comentada, en los que existen parámetros que facilitan tal calificación. En efecto, cuando hay un precio fijado para la exportación y otro para el mercado nacional, a la vez que se impide la reimportación, el precio para el mercado nacional que supere al aplicado para las ventas al exterior puede considerarse, sin lugar a dudas, como abusivo.

La Resolución condenatoria fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia de 2 de julio de 2002.

Caso Royal Canin: Terminación convencional

En ciertas ocasiones, en el campo de los expedientes relativos a conductas, la CNDC ha hecho uso de la facultad contemplada en el artículo 36 de la Ley 25.156, de aprobar una terminación convencional,

aceptando los compromisos ofrecidos por los presuntos autores de tales conductas.

Un ejemplo de terminación convencional lo constituye la Resolución Royal Canin, del Secretario de Comercio Interior de 7 de junio de 2012, que aceptó los compromisos ofrecidos, siguiendo el criterio de la CNDC, cuyo Dictamen se incorporó a la Resolución formando parte de la misma.

En este supuesto, un cliente de los productos suministrados por la empresa Royal Canin Argentina S.A. (RCA), y dedicado a la veterinaria y *pet shop*, presentó una denuncia ante la CNDC alegando que la empresa suministradora había restringido en determinados momentos el suministro de los productos que venían siendo adquiridos regularmente durante años y que le habían permitido la expansión de su negocio. Los productos, y por lo tanto el mercado afectado por la posible conducta, consistían en alimentos para mascotas, y la denunciada vendía sus productos sin exigencia de exclusividad.

En su Dictamen, la CNDC realizó un análisis de los precedentes en los que habían sido aceptados los compromisos, especificando que los mismos no deben ser aceptados de forma automática, sino tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en todo caso, reservando el instituto de la terminación convencional para aquellos supuestos en los que el compromiso genera mayores beneficios que la continuidad de la instrucción. En el expediente, la denunciada (RCA) se comprometió a reanudar los suministros al denunciante, con determinados descuentos y las mismas condiciones que a otros clientes del área, términos que fueron aceptados por el denunciante y, en consecuencia, se incorporaron al Dictamen, sirviendo de base para la Resolución.

3.4 Concentraciones económicas

Caso Telefónica–Telecom

En el año 2007 se produjo por parte de diversas empresas, entre las que se encontraba Telefónica de España S.A., la adquisición de las acciones de la sociedad italiana Telco S.p.A. (TELCO), propietaria de la sociedad Olimpia S.p.A., cuyo activo eran acciones de Telecom Italia (TI), lo cual tuvo grandes repercusiones en la Argentina, en la medida en la que TI de forma directa e indirecta era titular

del 50% de las acciones de la sociedad argentina Sofora Telecomunicaciones S.A., que, a su vez, controlaba indirectamente Telecom Argentina S.A (TA).

El problema surgió por el hecho de que Telefónica España S.A. (TE) era titular del 42% de las acciones de TELCO, controlando a su vez Telefónica de Argentina S.A. (TELA). En consecuencia, se producía un hecho relevante según el cual TE, tenía influencia en las dos principales operadoras de telecomunicaciones en la Argentina, total en TELA e indirecta en TA.

Conocido este hecho por informaciones periodísticas, la CNDC consideró, mediante la Resolución 4/09 de 9 de enero, que el cambio de control en TELCO constituía una operación de concentración con efectos en la Argentina, sujeta a la exigencia de la notificación de la adquisición de TELCO.

Se tramitó el expediente ante la CNDC, que emitió dictamen el 25 de agosto de 2009 en el que se determinaba que dicha operación afectaría a la competencia en la Argentina, disminuyéndola de forma sustancial en los mercados en los que operan tanto TA como TELA. En base a ese dictamen, el Secretario de Comercio Interior dictó la Resolución 438/09 por la cual subordinó la operación a la condición que TI y su filial Telecom Italia Internacional (TII) desinvertieran todos sus activos en Sofora, y por lo tanto dejaran de controlar TA, en el plazo de un año.

La Resolución fue recurrida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que, el 1 de febrero de 2010 dictó sentencia y por mayoría de dos votos a uno⁷⁷, la anuló por considerar que se habían vulnerado los derechos de defensa de los intervinientes, en la medida en la que se imponían obligaciones a dos empresas (TI y Telecom Italia International), que no habían sido parte en el procedimiento. Tratándose de un procedimiento incidental, se anuló la resolución pero sin entrar en la consideración del fondo del asunto⁷⁸.

La Sentencia ordenaba que se emitiera un nuevo acto administrativo. En el momento de dictarse la sentencia, se encontraba pendiente el recurso que fue interpuesto por los interesados contra la Resolución de 9 de enero de 2009 por la que se consideró que la operación TELCO constituía

una concentración que debería ser notificada. Los Tribunales desestimaron este recurso, por lo que se confirmó el criterio de que la operación debería ser notificada en la Argentina.

Como consecuencia de las dos resoluciones judiciales, la operación tuvo que ser notificada de nuevo, tramitándose un nuevo expediente, con presencia de todos los interesados.

Emitido el nuevo acto administrativo, mediante la Resolución del Secretario de Política Económica de fecha 13 de octubre de 2010, la operación se subordinó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.b) LDC, condicionando su aprobación al cumplimiento de los compromisos presentados por las notificantes, consistentes en la prohibición de TE de participar o vetar en TELCO, o en cualquier otra sociedad participada por ésta, cualquier cuestión relacionada con el mercado argentino. Dichos compromisos se convirtieron en condiciones a las que quedó supeditada la aprobación de la operación. En la misma Resolución se confirmó la multa anteriormente impuesta por notificación extemporánea.

Puede llamar la atención el hecho de que, sin haber variado las condiciones de competencia y realizando un análisis similar, en la presente Resolución se apruebe la operación sometida a condiciones, consistentes en el establecimiento de murallas chinas, mientras que en la anterior Resolución la aprobación se había condicionado a la desinversión en TELCO.

Como se ha indicado, en el mismo marco de la operación, el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía, en su Resolución de 6 de enero de 2010 hizo suyo el contenido del dictamen de la CNDC 775/2010 y, considerando que la operación TELCO constituía una concentración económica que no había sido notificada en su momento en el plazo previsto en la ley, impuso elevadas multas a los adquirentes de TELCO, TE y otras cuatro empresas, éstas últimas, ajenas al mercado de las telecomunicaciones. La Resolución fue parcialmente anulada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, que redujo a menos de la mitad la multa impuesta a TE, y anuló las que se habían impuesto a los demás accionistas de TELCO. La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema, que la confirmó en el sentido de considerar que las empresas habían

incumplido la obligación de notificar durante un periodo superior a trescientos días, y la anuló en lo que al importe de las multas se refiere, manteniendo las que habían sido impuestas por el Secretario de Comercio Interior, dejando sin efecto la reducción a TE y ratificando la multa impuesta a las demás imputadas.

Caso Hoyts/Cinemark Argentina (aprobación con compromisos a tenor del artículo 13 b) de la Ley de Defensa de la Competencia)

Por Resolución de la Secretaría de Comercio, de 6 de mayo de 2015, se aprobó un expediente de concentración económica relativo a una operación por la que Cinemark Argentina Holdings INC adquirió la totalidad de las acciones de Boca Holdings INC, titular a su vez de la totalidad de las acciones de Hoyts General Cinema de Argentina S.A. Las empresas afectadas por la operación centraban su actividad en el mercado de la exhibición cinematográfica.

La autorización de la operación se subordinó al cumplimiento del compromiso presentado por los notificantes, junto con las aclaraciones al respecto realizadas por la CNDC, y que, en resumen, consistían en una limitación de crecimiento y mantenimiento de precios⁷⁹ durante un período de cinco años en dos zonas: la Zona Norte del Gran Buenos Aires y en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A la Resolución se acompañó el Informe de la CNDC. En el cual, ésta se encargó, en primer lugar, de delimitar el mercado relevante afectado por la operación, llevando a cabo dicha delimitación tanto desde el punto de vista del producto como del geográfico. Respecto del mercado relevante de producto, éste quedó definido como el de la explotación de complejos cinematográficos multipantalla, actividad que incluía la exhibición de películas y el servicio adicional de expendio de alimentos y bebidas. Sin embargo, otras formas de exhibición (cines de una sola pantalla, salas Premium...) no quedaron incluidas en el mercado de referencia. La delimitación del mercado de producto se realizó utilizando el test SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price).

En cuanto a la delimitación geográfica de los mercados relevantes, la misma se realizó teniendo en cuenta determinadas isócronas, es decir, el

tiempo empleado para recorrer la distancia desde los domicilios de los espectadores hasta la sala de proyección. A tales efectos, se delimitaron nueve zonas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires. De estas nueve zonas, la operación suponía el incremento de las cuotas, tanto de espectadores como de facturación, de las empresas que se concentraban por encima del cuarenta por ciento o muy cercanas a esta cifra⁸⁰. Estas cuotas de mercado denotaban problemas de competencia ocasionados por la operación (concretamente, dos de ellas), a los que deberían buscarse remedios para su aprobación. Los notificantes ofrecieron ciertos compromisos que fueron objeto de análisis por la CNDC.

Como se indica, la CNDC, tras un análisis de los remedios posibles, tanto estructurales como de comportamiento, en el marco genérico de las operaciones de concentración, analizó los compromisos propuestos, realizando determinadas matizaciones y aclaraciones. Con tales matizaciones, aceptó los compromisos por considerar que solucionaban los problemas de competencia ocasionados por la operación y propuso, en consecuencia, al Secretario de Comercio, subordinar la aprobación de la operación de concentración empresarial al cumplimiento de tales compromisos.

Ha de resaltarse que, a diferencia de lo que ocurrió en la Resolución Cablevisión/Multicanal, que se analizará más adelante, se subordinó la aprobación según lo dispuesto en el artículo 13 b) de la LDC, por lo que los compromisos se convirtieron en condiciones a cuyo cumplimiento quedaba condicionada la aprobación de la operación.

Concentración Iberia Líneas Aéreas de España S.A. y British Airways PLA (aprobación con condiciones)

Por una operación llevada a cabo fuera de la Argentina, Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y British Airways PLA se concentraron, formando una nueva empresa denominada International Consolidated Airlines Group S.A. (IAG). La nueva sociedad pasaría a ser la *holding* de ambas compañías, las cuales seguirían prestando con sus propias marcas servicios de transporte aéreo, implementándose una integración industrial, financiera y operativa.

Dicha operación, al superar los umbrales legales de volumen de negocios para ser sometida a un expediente de control de concentraciones en la Argentina, fue notificada a la CNDC. La Comisión analizó la operación y emitió un Dictamen en el que se consideraba que la misma afectaba a la competencia y al interés económico general en las rutas Buenos Aires/Londres, Buenos Aires/Bruselas y Buenos Aires/Viena, por lo que propuso al Secretario de Comercio subordinar la aprobación de la operación sometida al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Mantener la capacidad, durante el período de cinco años, tanto en frecuencia como en número de asientos, en los servicios prestados en la línea Buenos Aires/Londres
- Realizar un monitoreo de precios de las líneas Buenos Aires/Bruselas y Buenos Aires/Viena durante un período de tres años.

La CNDC sería el organismo habilitado para el seguimiento del cumplimiento de estas condiciones.

El Secretario de Comercio, por Resolución de fecha 2 de febrero de 2015, decidió condicionar la aprobación de la concentración notificada con las condiciones propuestas por la CNDC. La Resolución incorporó como fundamento el Dictamen realizado por la CNDC. Este Dictamen contiene un fundado análisis de los mercados, separando adecuadamente, según los precedentes internacionales en las concentraciones de líneas aéreas, los mercados de carga y de pasajeros, incluyendo en estos últimos, los vuelos directos y los indirectos, así como las repercusiones entre los pasajeros sensibles al tiempo y no sensibles al mismo, al mismo tiempo en que se analiza el grado de concentración en las distintas rutas origen/destino. A tales efectos, el estudio se llevó a cabo utilizando los índices IHH y el test SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price), los mercados por rutas, incluyéndose en el análisis dieciséis rutas, todas ellas entre Buenos Aires y distintas ciudades europeas. En dos de ellas (Buenos Aires/Bruselas y Bruselas/Viena) se planteaban problemas de competencia, en la medida en la que se creaban o consolidaban cuotas de mercado de las empresas que se fusionaron por encima del 40%, mientras que

la ruta Buenos Aires/Londres era calificada como “ruta con participación elevada”, ya que sumando la cuota de las empresas que se concentraban en los tres últimos años se obtenían cuotas del orden del 70% (69.2 % en 2013, último año analizado).

Como consecuencia de este análisis y de los problemas de competencia detectados, se propusieron los remedios anteriormente reseñados en forma de condiciones a la operación.

Con independencia de la incertidumbre que pueda existir sobre la virtualidad del monitoreo de precios para evitar precios abusivos, mayores dudas surgen de la condición relativa a la ruta Buenos Aires/Londres, a la que, extrañamente, no se le incluye en el monitoreo de precios. No se termina de entender como los problemas de competencia que han sido detectados en esa ruta pueden ser solucionados mediante el mantenimiento de vuelos y capacidad de pasajeros⁸¹. Ahora bien, esa medida, que aparentemente puede resultar beneficiosa para los viajeros de esa ruta en la medida en la que no se suprimirían vuelos directos entre esos dos puntos, ello difícilmente guarda relación con los problemas de competencia ocasionados por la concentración. En consecuencia, muestra la apariencia de ser una medida de inspiración política ajena a la competencia⁸².

Concentración Multicanal/Cablevisión (aprobación con compromisos pero a tenor del artículo 13 a) de la Ley de Defensa de la Competencia)

En el año 2006 se notificó una compleja operación societaria por la que Grupo Clarín, S.A. y Fintech Advisory INC adquirirían una cantidad que, sumada a la que ya poseían, representaba respectivamente el 60% y el 40% de las acciones de la empresa Cablevisión, S.A., que a su vez adquiriría el control de la empresa Multicanal, S.A., entre otras sociedades. Asimismo, Multicanal adquiriría la totalidad de las acciones de Prima, S.A.

La operación notificada constituía una operación de concentración que, una vez analizada, planteaba problemas de competencia por la presencia de relaciones de carácter horizontal en los mercados:

- a) De distribución de señales múltiples, particularmente por la integración de Cablevisión y Multicanal.
- b) De servicios de acceso a internet, por la integración entre Cablevisión, Prima y Clarín Global.

En el expediente tramitado ante la CNDC, los notificantes asumieron ciertos compromisos por un periodo de dos años y, en consecuencia, se emitió el Dictamen (por mayoría⁸³), que fue remitido al Secretario de Comercio Interior aceptando tales compromisos y aconsejando la aprobación de la operación en los términos del artículo 13.a) LDC, es decir aprobación sin condiciones. En los mismos términos del Dictamen mayoritario, el Secretario de Comercio dictó Resolución el 7 de diciembre de 2007 por la que se aprobaba la operación a tenor de lo previsto en el indicado precepto legal.

Aprobada y formalizada la operación surgieron ciertos problemas ya que el Poder Ejecutivo consideró que los compromisos no habían sido cumplidos, por lo que, mediante Resolución del Ministro de Economía y Producción de 3 de marzo de 2010 (Resolución 113/2010), se declaró que se había producido un incumplimiento de los compromisos y se dejó sin efecto la autorización, compeliendo a las partes a la desconcentración.

El problema surgió debido a que la operación había sido aprobada a tenor de lo previsto en el artículo 13 a) de la LDC (autorización de la operación), y no por el 13 b) (subordinar la aprobación al cumplimiento de las condiciones que se establezcan), por lo que las partes recurrieron dicha Resolución y en septiembre de 2015, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó una sentencia revocando la Resolución 113/2010 del Ministro, por considerar que la autorización de la concentración no había quedado condicionada, ello sin perjuicio de que pudiera exigirse, por otras vías, el cumplimiento de los compromisos.

Concentración Pampa Argentina y AEI Servicios Argentina (aprobación simple)

Por Resolución del Secretario de Comercio de 28 de agosto de 2015 se aprobó una operación de concentración consistente en la adquisición

por parte de la sociedad Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. (EDENOR), del 77,19%, de la Empresa Distribuidora Eléctrica Regional, S.A (EMDESA), de pequeñas participaciones en otras empresas distribuidoras de electricidad en las que EMDESA poseía el resto del capital, del 99,99% de la firma AESEBA, S.A., así como la compra por parte de Pampa Energía, S.A. (empresa matriz de EDENOR), del 0,01% restante de AESEBA, S.A. La aprobación se realizó siguiendo el criterio del Dictamen de la CNDC, que se incorporó a la Resolución. La mencionada Resolución acordó la inclusión en el expediente de otros varios de operaciones previas relacionadas, cuya acumulación había aconsejado la CNDC.

En el Dictamen de la CNDC se puso de manifiesto la gran complejidad de la tramitación del expediente administrativo por existir un cierto número de operaciones relacionadas que se encontraban simultáneamente en tramitación ante la CNDC, buena parte de ellas objeto de recursos jurisdiccionales. Por ello se aconsejaba la acumulación de diversos expedientes.

Por otra parte, la CNDC efectuó en su Dictamen un resumen del mercado eléctrico, destacando el papel de los cuatro submercados que forman parte del mismo: generación, transporte, distribución y comercialización. En cuanto a la dimensión geográfica de los mercados relevantes, en el referido a la generación se dividió el territorio de la República en ocho zonas, según la ubicación de las centrales generadoras de electricidad. La operación afectaba a los mercados de generación y distribución. Asimismo, tenía repercusión en el mercado de comercialización del gas, cuya dimensión geográfica era nacional.

La CNDC, tras analizar los efectos de la operación sobre el mercado, considerando que los incrementos y las cuotas resultantes de la operación en los diversos mercados analizados no eran significativas (pues salvo en distribución, en cuyo mercado el grupo resultante de la concentración alcanzaría una cuota del 26,38%, las cuotas resultantes en los restantes mercados analizados en ningún caso superarían el 7%), concluyó que la concentración analizada no despertaba preocupación desde el punto de vista de defensa de la competencia y por ello

recomendó a la Autoridad de Aplicación la aprobación de la operación sin condiciones.

3.5 Promoción de la competencia

En el mes de abril de 2016, como prueba evidente de un nuevo impulso que se pretendía dar a la política de la competencia, la CNDC anunció un firme compromiso con la tarea de promoción de la competencia como un medio altamente útil para introducir la cultura de la competencia en la Argentina. A tales efectos, anunció la elaboración de un total de once estudios para evaluar las condiciones de competencia en sectores con alta concentración e importante impacto en el consumo y la producción. El primero de estos informes se analiza a continuación y ha de señalarse que ha merecido alabanzas en diversos sectores consultados, así como el reconocimiento del nuevo impulso dado a la política de la competencia.

El informe sobre tarjetas de crédito, débito y medios de pago electrónicos

El 26 de agosto de 2016, la CNDC, mediante su Resolución nº 17, y en el marco de su función de promoción del Derecho de la Competencia, publicó una investigación por conductas anticompetitivas y posición dominante en el mercado de la sociedad Prisma Medios de Pagos, S.A. ("PRISMA"), así como sobre el mercado de tarjetas de crédito y medios de pago electrónicos, al mismo tiempo que se realizaban una serie de recomendaciones al Banco Central de la República de la Argentina ("BCRA") y al Secretario de Comercio. El informe fue producto de una iniciativa conjunta del Banco Central y la CNDC, y puso de manifiesto una buena colaboración entre ambos organismos.

En la Argentina, el 80% de los pagos electrónicos se hacen con tarjeta de crédito, cuyo mercado está liderado por Visa, situándose MasterCard en segundo lugar. Asimismo, la única vía de adquisición y procesamiento de pagos electrónicos de Visa es PRISMA.

Por otro lado, el estudio revela cuatro mercados relevantes: a) mercado de emisión de medios de pago electrónicos; b) mercado de adhesión o adquisición; c) mercado de procesamiento

de pagos electrónicos; y d) mercado de provisión de terminales o interfaces para pagos electrónicos. Resulta esencial en el estudio que, por un lado, PRISMA participa en los cuatro mercados involucrados y en los dos canales existentes de comercialización y, por otro, que el accionariado de dicha sociedad está compuesto por 14 bancos. El hecho de que los accionistas de PRISMA sean los bancos más grandes del país, permite que pueda existir un mecanismo de coordinación que facilite la fijación de políticas comerciales comunes a todos ellos, entre ellas, las condiciones de financiamiento al consumo.

A este respecto, conviene destacar que la configuración actual del mercado de medios de pago en la Argentina tiene efectos que restringen la competencia en los mercados de adquisición y financiamiento, pues existen incentivos para la realización de prácticas anticompetitivas de tipo exclusionario en los segmentos donde PRISMA enfrenta competencia potencial. En este sentido, la Comisión traduce estas prácticas en un presunto abuso de la posición de dominio de PRISMA, que debe ser investigado.

Como consecuencia de lo anterior, la CNDC concluye llevar a cabo las siguientes recomendaciones:

- Al BCRA, que revise integralmente la regulación de medios de pago electrónicos, con especial énfasis en la instrumentación de políticas que promuevan la competencia, como son, entre otras: mitigar las barreras de entrada en los mercados, ampliar el acceso a licencias, fomentar la transparencia en el financiamiento para consumo, etc.
- Al Secretario de Comercio, que inicie una investigación de oficio contra PRISMA y sus accionistas, por presuntas prácticas anticompetitivas.

El Secretario de Comercio acordó la apertura de oficio de un expediente de conductas que se encuentra actualmente en tramitación, pero que ya ha empezado a surtir efectos en la medida en la que los bancos están en disposición de vender PRISMA a un tercero, al tiempo que aceptan que se lleve a cabo la regulación de las tasas de intercambio.

4. NUEVO IMPULSO A LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA)

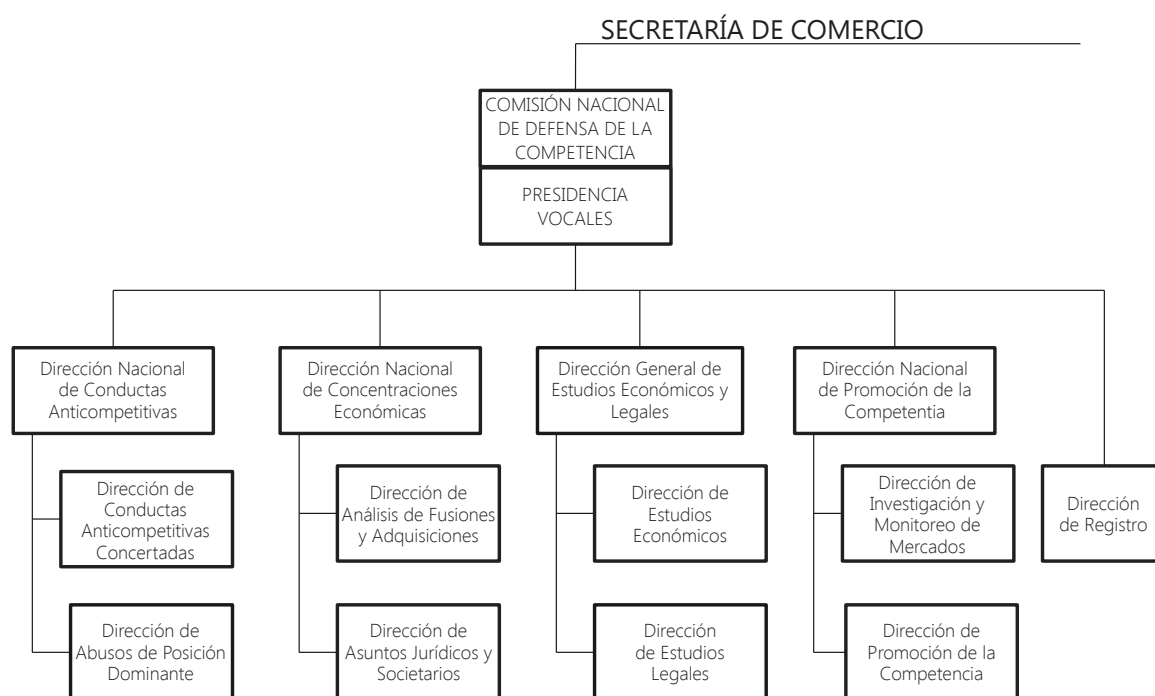
Constituido un nuevo Gobierno tras las elecciones de 2015, se produjo un considerable impulso en la política de la competencia, que fue considerada como uno de los pilares de la nueva acción de gobierno. A tal fin se tomaron medidas para potenciar la función de los organismos encargados de llevarla a cabo, particularmente, la CNDC y la Autoridad de Aplicación.

Con este objetivo, el 16 de enero de 2016, se nombró un nuevo Presidente de la CNDC y, en los meses siguientes, se nombraron nuevos vocales de la Comisión. Por otra parte, mediante el Decreto 718/2016 se nombró al Secretario de Comercio, dependiente del Ministerio de Producción, como Autoridad de Aplicación, designación que no se había realizado desde que, en 2014, la Ley estableciese que no se creaba el Tribunal, y que el Gobierno designaría la Autoridad de Aplicación. La Resolución 614-E/2016 creó una nueva y más eficaz estructura de la CNDC.

Por su parte, mediante la Resolución 190/2016, se delegaron las funciones del Secretario de Comercio en la CNDC, correspondiéndole a este último las competencias relativas a la instrucción de los expedientes, así como la realización de estudios tanto por propia iniciativa como por encargo del Secretario de Comercio. Asimismo, se delegó en la CNDC la facultad de formular informes no vinculantes para las resoluciones, tanto en materia de conductas como de control de concentraciones.

Con esas medidas se pretendía principalmente llevar a cabo una nueva orientación en materia de competencia ajena a presiones políticas, al tiempo que preparar las instituciones para un cambio legal que resultaba necesario si se querían cumplir las recomendaciones que en el año 2006 se habían efectuado con ocasión del *peer review* llevado a cabo en el seno de la OCDE.

Paralelamente, se llevó a cabo una reestructuración del personal al servicio de la CNDC, en busca de profesionalidad. A tal efecto, se redujeron muchos puestos de trabajo que resultaban superfluos o innecesarios, lo cual permitió contratar a nuevos especialistas así como una adecuada redimensión de la estructura del organismo⁸⁴, sin olvidar el



desarrollo de actividades de formación⁸⁵ para el personal. Debe igualmente destacarse una mayor actividad en el seno del organismo, puesta de manifiesto en el hecho de que en el año 2016 se hayan triplicado el número de dictámenes emitidos. Durante 2016 se emitieron en total 246 dictámenes, lo que representa 3,2 veces el promedio de dictámenes emitidos durante los últimos nueve años. Asimismo, el tiempo promedio de análisis de expedientes de fusiones y adquisiciones en 2015 era de 3,2 años, reduciéndose a finales de 2016 a 1,8 años.

Estas novedades han ido acompañadas de una activa presencia de la CNDC en los foros internacionales en materia de competencia: International Competition Network, International Bar Association, UNCTAD, OCDE... en los que se aprecian las mejoras adoptadas.

Asimismo, entre los nuevos proyectos previstos en la Comisión se incluye la aprobación de diversas Directrices en materia de competencia, que resultarán sumamente clarificadoras para transmitir información a todos los actores sobre los criterios de aplicación de las normas.

Junto con lo anterior, conviene resaltar el impulso del área de abogacía de la competencia, como anteriormente se ha indicado al señalar las modificaciones organizativas. En este campo, no se puede olvidar la resolución en el caso de las tarjetas de crédito, que es tratado más adelante, el cual constituye un importante aporte del área, así como la realización de distintos estudios de mercado entre los que se encuentran los insumos de uso difundido (acero, petroquímica y aluminio); los bienes de consumo fundamentales para los hogares (leche, carne, aceite comestible y jabón para la ropa), los mercados de venta minorista (supermercados), y otros mercados como los de transporte y medicamentos.

Por su parte, el pasado 27 de septiembre de 2016, el Gobierno presentó a la Unión Industrial Argentina (UIA) los detalles del Plan Productivo Nacional, que apuntaba a mejorar la competitividad, generar más infraestructuras, lograr la apertura al mundo y crear mayor cantidad de empleos de calidad, entre otros. Así, uno de los ocho ejes del Plan Productivo Nacional, coordinados para impulsar el crecimiento de la economía, era la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados,

cuyo principal objetivo es “favorecer la entrada de nuevas empresas, la baja de costos de insumos, alentar inversiones y la protección de los derechos de los consumidores”.

En consecuencia, se considera necesario sancionar una nueva Ley, acorde a estos tiempos, como ya lo han hecho los países de la OCDE y Brasil, Colombia o Perú, entre los de la región, cuyos avances han sido significativos en la última década.

Como motivo de la revisión sobre la política de la competencia de la Argentina en el año 2006, realizada por la OCDE, se identificaron determinadas mejoras que debía implementar la Argentina, y que en realidad, deberían haberse hecho diez años atrás. Los países más avanzados del mundo ya cuentan con estas herramientas, y es por ello que dicho informe motivó, aun con cierto retraso, a que la Argentina impulsara un proyecto de LDC que incorporara los avances que se han ido sucediendo en esta materia durante la última década, en consonancia con las recomendaciones de ese organismo internacional.

El proceso legislativo comenzó con la elaboración por parte de la CNDC, de un borrador de reforma, que culminó en agosto de 2016 e incluyó consultas con especialistas y dentro del Gobierno. Más tarde, dicho proyecto fue llamado a consulta pública, del mismo modo que estuvo sujeto a opiniones y sugerencias recibidas por especialistas y por varias instituciones como IBA, Banco Mundial y OCDE, entre otras.

En septiembre de 2016, se presentó en el Congreso el proyecto para reformar la Ley de Defensa de la Competencia, consensuado sobre la base de proyectos del Presidente del Bloque de diputados nacionales de la UCR e Interbloque Cambiemos Mario Negri, y la titular de la Coalición Cívica Elisa Carrió, que supuso una adaptación a las mejores prácticas internacionales. La citada reforma se sometió de nuevo a revisión, incorporándose nuevas sugerencias. Se prevé que será tratada en el Congreso en 2017 -donde estará sujeta a las modificaciones que pudieran surgir de la discusión parlamentaria-, ya que como hemos resaltado, “es uno de los pilares fundamentales de la acción del Gobierno”.

En palabras del Diputado Mario Negri: “El objetivo de esta ley es proteger el bienestar de los consumidores y el correcto funcionamiento del

mercado para que no haya conductas cartelizadas ni abusos de posición dominante”.

El proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que se encuentra actualmente en el Parlamento, consta de noventa y un artículos agrupados en quince capítulos, estando dedicado el último de ellos a las disposiciones transitorias y complementarias.

El **índice** es el siguiente:

- Capítulo I: De los acuerdos y prácticas prohibidas
- Capítulo II: De la posición dominante
- Capítulo III: De las concentraciones y fusiones
- Capítulo IV: Autoridad de Aplicación
- Capítulo V: De la Subsecretaría de Fomento de la Competencia
- Capítulo VI: Del presupuesto
- Capítulo VII: Del procedimiento
- Capítulo VIII: De las sanciones
- Capítulo IX: Del programa de clemencia
- Capítulo X: De la reparación de daños y perjuicios
- Capítulo XI: De las apelaciones
- Capítulo XII: Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia
- Capítulo XIII: De la prescripción
- Capítulo XIV: Régimen de fomento de la competencia
- Capítulo XV: Disposiciones transitorias y complementarias.

El capítulo I se dedica a enumerar los acuerdos y prácticas prohibidas, mientras que el capítulo II, bajo el título “De la posición dominante”, establece los criterios por los que cabe calificar a uno o varios operadores en situación de posición dominante, si bien cabe indicar que las conductas consistentes en abuso de posición dominante están reguladas en el capítulo I, sirviendo las disposiciones del capítulo II exclusivamente para determinar los supuestos en los que un operador se encuentra en posición de dominio en un mercado determinado.

Sobre el contenido de este capítulo, pueden hacerse algunas observaciones y sugerencias.

En primer lugar, tal vez convendría separar, al igual que hacen la mayor parte de las legislaciones de competencia, las dos conductas fundamentales que infringen la competencia: los acuerdos o ententes colusorios y los abusos de posición dominante, pues de esta forma quedaría claro que existen conductas anticompetitivas que son objeto del acuerdo de voluntades (conductas bilaterales o multilaterales) junto a otras que son conductas unilaterales, esencialmente abusos de posición dominante⁸⁶. Un posible inconveniente del sistema por el que se ha optado en el proyecto consiste en que puede provocar dudas sobre si las conductas que se enumeran en los artículos 2 y 3, pueden ser realizadas, no solo como consecuencia de convenios, o bien unilateralmente por quien se encuentre en posición dominante, sino por cualquier operador aunque carezca de la posición de dominio.

En segundo lugar, aun cuando no cabe duda que en la redacción del artículo primero del proyecto están incluidos los acuerdos verticales (los actos o conductas de cualquier forma manifestados), el hecho de que en el frontispicio del proyecto de precepto se haga mención a los acuerdos “entre competidores” puede dar lugar a dudas interpretativas, especialmente referidas a si se prohíben exclusivamente los acuerdos horizontales. Como se ha comentado con anterioridad, la tendencia dominante en la Argentina consiste en no perseguir las restricciones verticales si no van acompañadas de intentos de monopolización. Debería aclararse esta cuestión en la norma para que no quede dudas sobre el aspecto de si las restricciones verticales deben estar o no incluidas en la prohibición.

En tercer término, debe considerarse que están incluidos en la prohibición los actos de los entes jurídicos colectivos, como las asociaciones empresariales, las entidades de gestión de propiedad intelectual o los colegios profesionales, que, aun con apariencia de ser unilaterales, son multilaterales, por cuanto son entidades que agrupan en su seno a diversos competidores⁸⁷.

Finalmente, se observa que, de acuerdo con la legislación vigente y la tradición legislativa argentina, se mantiene el concepto de la exigencia de que las conductas impliquen un “perjuicio para el interés

económico general". Vaya por delante que resulta incontrovertido que las conductas contrarias a la libre competencia, por su propia esencia, ocasionan ese perjuicio al interés económico general, si bien algunas de ellas pueden producir eficiencias que impiden la prohibición, por cuanto esas eficiencias compensan y limitan los daños ocasionados al interés económico general. Sin embargo, podría interpretarse que, en cualquier caso, el requisito del perjuicio al interés económico general puede suponer un requisito adicional que debe probarse en cada caso, cuando resulta más adecuado invertir la carga de la prueba: es decir las conductas contrarias a la competencia causan ese perjuicio al interés económico general, y si en algún caso no es así, o bien producen eficiencias que compensen el daño causado, debe ser su autor quien demuestre la existencia de esa compensación. Ello se relaciona en cierta medida con las prohibiciones *per se*, fundamentalmente los carteles de "núcleo duro" (acuerdos de precios, reparto de mercados, limitación de la producción, *bid rigging*...) en los que se puede considerar que la presunción de daños al interés económico general no admite prueba en contrario.

Los proyectos de los artículos 2 y 3 recogen la enumeración de una serie de prácticas restrictivas de la competencia, en el primer caso "absolutamente restrictivas de la competencia" y realizadas por competidores, y en el segundo caso suprimiendo el adverbio "absolutamente" y sin la exigencia de que sean conductas, en su caso, acordadas entre competidores. En buena medida constituyen una lista de prohibiciones *per se* (artículo 2) y las restantes, sometidas a la "*rule of reason*" (artículo 3). El proyecto contiene una sustancial mejora respecto de la legislación vigente, en la medida en la que separa los dos tipos de conductas, las primeras de especial gravedad, favoreciendo una interpretación adecuada. Como se ha indicado anteriormente, las conductas incluidas en los cuatro apartados del artículo 2 equivalen a los carteles de núcleo duro y adecuadamente se señala que en esos supuestos se presume el perjuicio al interés económico general.

Por otra parte, en otro lugar del proyecto, concretamente en el artículo 29, se contiene una propuesta que abunda en la posible distorsión que puede suponer la constante apelación al "interés

económico general", en la medida en la que faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a reglamentar permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos "que contemplen conductas incluidas en el artículo 2 de la ley", pero que, a juicio del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general. Se adelanta la opinión en este momento en el sentido de que tal proyecto de precepto podría resultar distorsionador, al tiempo que desvirtúa el carácter de infracciones *per se* de las conductas incluidas en el proyecto de artículo 2. En principio, no se entiende que las conductas allí descritas que, como se ha indicado, constituyen esencialmente carteles de núcleo duro, puedan dejar de afectar al interés económico general, pues no resulta fácil contemplar supuestos en los que un acuerdo de precios entre competidores, ni una limitación de la producción, ni un reparto de mercado, ni una puja fraudulenta en contratos públicos puedan no afectar al interés económico general ni dejar de constituir una infracción a las normas de la competencia.

Otra cosa puede ocurrir con las conductas contempladas en el proyecto de artículo 3, que, en determinadas circunstancias, pueden no afectar al interés general, o al menos, ocasionar eficiencias que compensen, desde la óptica del interés general, las distorsiones a la competencia. Por lo tanto, podría sugerirse que se suprimiera la mención al artículo 2 que se contiene en el proyecto de artículo 29 o, en cualquier caso, que se sustituya en dicho artículo la mención del artículo 2 por la del artículo 3, pues, insistimos, en algunas de estas conductas pueden encontrarse eficiencias que compensen el daño al interés general, y, a efectos de seguridad jurídica, resulta positivo que se reglamenten los supuestos, siguiendo el modelo europeo de Reglamentos de Exención por Categorías, en los que, si concurren determinadas circunstancias, los acuerdos pueden quedar excluidos de la prohibición, pero esta exclusión se producirá fundamentalmente en los supuestos enumerados en el artículo 3, y, si se quiere, solo excepcionalmente, en los del artículo 2.

Conjuntamente, a ambos proyectos de preceptos contenidos en los artículos 2 y 3, podría realizarse igualmente una sugerencia, en la medida en la que podría resultar de interés añadir que la lista no

es exhaustiva, sino simplemente enumerativa, por ejemplo añadiendo en el inciso inicial "entre otras".

Los proyectos de artículos 5 y 6 del capítulo II constituyen una adecuada regulación de la determinación de la posición de dominio en un determinado mercado relevante, aun cuando el supuesto de la delimitación geográfica no se modifica respecto de la legislación actual, en la medida en la que se sigue haciendo referencia al mercado nacional "o en una o varias partes del mundo". Tal vez debería aprovecharse la reforma del precepto para aclarar la dimensión geográfica del mercado relevante. Como se ha dicho, según la ley, la posición de dominio ha de referirse al "mercado nacional o en una o varias partes del mundo". Es posible que la posición de dominio se produzca en mercados más reducidos que el nacional, ya que la delimitación geográfica del mercado relevante supone determinar aquel territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas. En este caso, caben mercados relevantes más reducidos que el mercado nacional, y aun cuando es evidente que una parte del mercado argentino estaría incluido en el concepto "una parte del mundo", una aclaración a que caben posiciones de dominio en una parte geográfica de la Argentina, podría resultar de interés, por ejemplo añadiendo tras el término "mercado nacional" el inciso "o una parte significativa del mismo".

Por otra parte, se mantiene la regulación actual en el sentido de considerar que se encuentra en posición de dominio quien no está sometido a una "competencia sustancial". En realidad como viene admitiéndose de manera abrumadoramente mayoritaria por la doctrina y la práctica de distintas jurisdicciones, lo que caracteriza al operador dominante es que puede actuar "con independencia de criterio", es decir, sin temor a las reacciones de sus competidores, proveedores o clientes. Tal vez el concepto estaría mejor acogido si, como proponía alguno de los textos que pretendía convertirse en proyecto, se sustituyera el término "competencia efectiva" por el vigente "competencia sustancial".

El capítulo III se dedica a las concentraciones y fusiones. Para iniciar su comentario, resulta conveniente señalar que entre las conclusiones obtenidas en el informe inter pares realizado en 2006 en el seno de la OCDE, se señalaban algunas de las debilidades del sistema argentino de control de las concentraciones, por lo que se sugería:

- a) Aumentar la eficiencia en el control de las fusiones. Con medidas tales como:
 - i) Aumentar los umbrales para la notificación
 - ii) Acortar el tiempo para aprobar las fusiones sencillas
 - iii) Continuar oponiéndose al derecho de terceros de apelar las decisiones relativas a fusiones.
- b) Repasar el régimen de notificaciones actual que permite a las partes consumir la fusión antes de que la autoridad de aplicación en materia de competencia finalice su examen.

Las propuestas del proyecto inciden en estos puntos. En primer lugar, se arbitra un sistema para aumentar el umbral de la obligación de notificación de las concentraciones en la medida en la que, para evitar la fijación de una cifra en moneda nacional que pudiera quedar obsoleta si, como en el pasado, la Argentina atraviesa periodos fuertemente inflacionarios, se remite a una unidad de cuenta, denominada Unidad Móvil, siendo de obligada notificación aquellas operaciones de concentración cuyo volumen de negocio supere en la Argentina los 150 millones de Unidades Móviles⁸⁸. Considerando que esa previsión, de confirmarse y aprobarse en los términos propuestos, supondría que únicamente se deberían notificar las operaciones de concentración empresarial de empresas que tuvieran un volumen de negocios superior a 2.250 millones de pesos, la proyectada reforma se considera idónea para dar cumplimiento a las mencionadas observaciones formuladas en 2006 por la OCDE, que implicaban dedicar esfuerzos a los análisis de las operaciones que, por su dimensión, tienen una hipotética aptitud para alterar las condiciones de competencia, evitando que se dediquen medios y recursos públicos a expedientes de escasa o nula trascendencia para las condiciones del mercado y la competencia.

Por otra parte, para el cálculo del volumen de negocios, los apartados f) a i), ambos inclusive, del proyecto de artículo 9, contempla un nuevo método de cálculo de volumen de negocios, tomando en cuenta la cifra de negocio de la empresa que toma el control y no solo la empresa objeto de cambio de control, lo cual

resulta sumamente adecuado por cuanto el poder de mercado ha de medirse por el conjunto de empresas que resultan de la operación y no exclusivamente por la afectada.

Asimismo, conviene destacar que parece positivo (artículo 10), que se establezca un procedimiento de consulta por el que se pueda consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia si existe obligación de notificar, si bien el procedimiento (que deberá establecerse por el propio Tribunal) deberá ser sumario y con plazo para contestar, por cuanto es previsible que, para emitir una opinión, el Tribunal requiera del conocimiento de los mismos datos que se exigen para la notificación. De no establecerse un breve plazo, podrían existir incentivos para proceder a la notificación de la operación (cuyos trabajos implicarán una carga de trabajo semejante), que sí está sometida a plazos.

Resulta igualmente digno de elogio que el proyecto acoja las recomendaciones de la OCDE respecto a la diferente tramitación de las concentraciones que no tengan potencialidad de limitar la competencia, de las que sí disponen de tal potencialidad, previendo un procedimiento pendiente de desarrollar reglamentariamente, en dos fases. La primera fase, es decir la inicial, que se tramitará en todas las concentraciones, tendrá una duración de cuarenta y cinco días. La segunda fase únicamente tendrá lugar si durante la tramitación de la primera fase se hubieran detectado circunstancias que tuvieran potencialidad de limitar o restringir la competencia (proyecto de artículo 14), tendrá una duración de 120 días⁸⁹. Asimismo, se prevé la existencia de un procedimiento sumario para aquellas operaciones de concentración que puedan tener menor probabilidad de ser prohibidas. Con estos plazos, que son breves y razonables, se pueden evitar las reticencias que puede tener la comunidad empresarial por el hecho de que la concentración no se pueda llevar a cabo hasta la decisión de la Autoridad. En cualquier caso, debería establecerse que estos plazos son preclusivos, es decir que no pueden ser interrumpidos más que por causas suficientemente justificadas⁹⁰.

Sin duda, el procedimiento deberá ser objeto de desarrollo reglamentario, pero sería conveniente establecer un sistema que permita la intervención de terceros, sean proveedores, competidores, clientes o consumidores.

En cualquier caso, los plazos previstos se consideran prudentes, debiendo resaltarse, de forma positiva, que se proponga reducir a quince días el plazo de que dispone el regulador sectorial para emitir su informe en una concentración que afecte a un sector regulado, manteniendo la reducción introducida por el Decreto 396/2001, a partir del año 2001.

Finalmente, debería preverse la creación de una Tasa por concentraciones, que sería abonada por los notificantes y ayudaría a sostener el presupuesto del organismo, siguiendo el modelo existente en un buen número de jurisdicciones.

El capítulo IV, bajo el título "Autoridad de Aplicación", contiene las novedades más significativas del proyecto, en la medida en la que se configura un esquema institucional de aplicación de la ley que difiere sustancialmente del actualmente vigente.

El sistema institucional propuesto consiste en la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia que sustituirá a los organismos anteriormente existentes: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y Autoridad de Aplicación (el no creado Tribunal de Defensa de la Competencia).

Con carácter preliminar al análisis de la nueva autoridad que pretende crearse, vaya por delante que el sistema por el que se ha optado reúne los requisitos necesarios para poder convertirse en una autoridad de competencia de prestigio y alejada de la influencia política que frecuentemente se achacaba al anterior sistema. La configuración del organismo, así como la transparencia para el nombramiento de sus miembros y, particularmente, la inamovilidad de todos ellos durante el período de mandato, fortalecen un sistema que puede adoptar sus decisiones alejado tanto de presiones políticas como de las de los sectores afectados.

Como decimos, el proyecto prevé crear la Autoridad Nacional de la Competencia, que estará formada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, como órgano decisorio de carácter colegiado, más dos órganos unipersonales: la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, encargadas de la instrucción de los respectivos expedientes relativos a su competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano colegiado como se ha señalado, estará compuesto por un Presidente y cuatro vocales. Igualmente, como se ha indicado, las dos Secretarías están concebidas como órganos unipersonales, y al frente de cada una de ellas se situará a una persona que deberá reunir los requisitos exigidos y que será nombrada por concurso de oposición y antecedentes conforme el procedimiento establecido en el proyecto. Debería pensarse la conveniencia de crear una Secretaría de Promoción de la Competencia, como mensaje en favor de la importancia que se le debe dar a esta función.

Para la selección de los miembros de la Autoridad, es decir, del Presidente y vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como los titulares de las dos Secretarías, se prevé un procedimiento por el que son nombrados previo concurso público ante un Jurado *ad hoc*, que elaborará una terna para cada puesto, la cual será publicada y sometida a un período de exposición pública. Durante dicha exposición pública, los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de los consumidores y usuarios, así como las entidades académicas y de derechos humanos, podrán realizar observaciones sobre los componentes de las respectivas ternas. Tras este período, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante resolución motivada, designará a los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia.

Como puede observarse, el sistema elegido es transparente y contiene elementos que alejan la posibilidad de que se realicen nombramientos arbitrarios y de miembros presuntamente complacientes con el poder político.

El sistema se refuerza, en cuanto a independencia, en la medida en la que los distintos miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia son elegidos para un mandato de cinco años, durante los cuales no pueden ser cesados más que por las circunstancias tasadas en la ley, y aun así, se establece (para especiales supuestos tales como la negligencia, la incapacidad sobrevenida o el mal desempeño de las funciones, entre otras causas tasadas) un sistema en el que se precisa de una mayoría reforzada (dos tercios) de los miembros del jurado para proceder al cese anticipado, lo cual resulta adecuado en tanto que impide ceses

injustificados que pueden ser limitativos de la independencia.

No cabe duda que el principal elemento que refuerza la independencia de las denominadas "autoridades independientes", como la prevista Autoridad Nacional de la Competencia, radica en la inamovilidad de los nombramientos. Si un miembro de una pretendida autoridad independiente puede ser cesado (como ocurre en la legislación vigente con el Presidente de la CNDC) por el Poder Ejecutivo, la independencia puede convertirse en una quimera. Por ello, el sistema previsto en el proyecto se considera que reúne los requisitos necesarios para asegurar la independencia de los miembros de la Autoridad.

Como se ha indicado, el Tribunal de Defensa de la Competencia está formado por el Presidente (que lo será también de la Autoridad) y cuatro vocales. Entre sus miembros deberá haber dos abogados y dos economistas. Sus funciones, además de las administrativas propias de la dirección de un organismo, son las correspondientes a la fase de resolución de los expedientes, tanto en materia de conductas como en control de concentraciones. Asimismo, le corresponde la emisión de informes y estudios propios de la promoción o abogacía de la competencia, en este caso compartiendo facultades, como más adelante se indicará, con la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, integrada en el Poder Ejecutivo.

La Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas será el órgano de instrucción encargado de tramitar los expedientes por infracciones a la ley, así como proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las imputaciones y, en su caso, las sanciones a los presuntos infractores de la ley.

Por su parte, la Secretaría de Concentraciones Económicas, instruirá y tramitará todos los expedientes relativos a operaciones de control de concentraciones empresariales y le corresponde resolver sobre las concentraciones sometidas al procedimiento sumario. El resto de las concentraciones serán resueltas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien corresponde a la Secretaría de Concentraciones opinar sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de la aprobación. En cualquier caso, aunque la competencia del Tribunal quede clara a tenor

de lo dispuesto en el proyecto de artículo 14, debe señalarse que la aprobación o rechazo de las concentraciones no figura en la lista en la que constan las funciones y facultades del Tribunal (artículo 28), si bien se nos informa que la modificación de este extremo está prevista en la tramitación parlamentaria.

Ambas Secretarías gozarán de ambos poderes y facultades de instrucción para la tramitación de los expedientes correspondientes.

El capítulo V se dedica a la Subsecretaría de Fomento de la Competencia. Esta Subsecretaría se configura como el órgano del Poder Ejecutivo de participación en las labores de promoción y aplicación de la normativa de la competencia. Puede indicarse que buena parte de las facultades que le atribuye el proyecto están justificadas, en la medida en la que se configura como órgano auxiliar de la Autoridad Nacional de la Competencia, y en buena medida, debe contribuir a la aplicación de la normativa de la competencia. Mayores dudas puede plantear la facultad prevista en el apartado c) del proyectado artículo 34 sobre las posibilidades de participar como parte en los procedimientos de control de las concentraciones económicas “representando el interés general”. Y estas dudas surgen si se tiene el temor de que la Subsecretaría que se pretende crear pueda servir como instrumento de presión a la Autoridad sobre los criterios del Poder Ejecutivo en determinadas operaciones empresariales, que pueden consistir en patrocinar o bien prohibir determinadas operaciones empresariales por razones diferentes a las de competencia.

Por otra parte, a la Subsecretaría se le atribuyen algunas funciones (artículo 34, g) para la emisión de informes (si bien es cierto que a solicitud de la Autoridad Nacional de la Competencia) sobre medidas procompetitivas en diversos sectores. Podría considerarse que estas funciones deberían corresponder a la propia Autoridad Nacional de la Competencia, mediante la creación de una Dirección de Promoción o Abogacía de la Competencia, si bien, conforme se prevé en el artículo 28, es una facultad que corresponde al Tribunal y, por ello, la creación de esa Dirección o la atribución a cualquier otro departamento será competencia de la propia Autoridad. En cualquier caso, las reformas introducidas en 2016 van en esa línea de fortalecer la labor de promoción

de la competencia mediante la creación de una Dirección específica. El destinatario de tales estudios y recomendaciones sería el propio Poder Ejecutivo, y el hecho de que fueran realizados por un organismo independiente, ajeno al propio Gobierno, sin duda redundaría en el prestigio de su propio contenido, por no resultar sospechoso de la contaminación de que tales recomendaciones estarían motivadas por intereses gubernamentales.

El capítulo VI del proyecto está dedicado al presupuesto del propio organismo, que deberá ser realizado anualmente por la propia Autoridad Nacional de la Competencia para ser elevado al Poder Ejecutivo. Debería establecerse la posible existencia de recursos propios, tales como las Tasas por el estudio de operaciones de concentración.

En el capítulo VII del proyecto se regula el procedimiento, mediante proyectadas disposiciones que, aun cuando en principio vengan referidas tanto a los procedimientos de conductas como a los de concentraciones económicas, su contenido se refiere especialmente a los primeros, es decir, al expediente sancionador por conductas contrarias a la libre competencia. El procedimiento previsto en este capítulo responde, en nuestra opinión, a un adecuado equilibrio de los deberes de transparencia, otorgamiento de medios a la Autoridad para permitir la averiguación de las conductas contrarias a la ley, y derechos de defensa de las partes. El hecho de que se permita la participación en el procedimiento de terceros interesados facilita la posibilidad de que el Tribunal tenga en consideración la posibilidad de conocimiento de hechos y argumentaciones que no hayan sido previamente considerados en la instrucción realizada.

Por otra parte, se prevé la posibilidad (proyecto de artículo 47) de una terminación convencional en la medida en la que el presunto responsable podrá proponer, antes de la resolución del Tribunal, poner fin a la conducta; y si es admitida la propuesta por el Tribunal y en un periodo prudencial de tiempo se observa que se ha cumplido con el compromiso, se procederá al archivo de las actuaciones. Se trata de un sistema adecuado para poner fin a los procedimientos con el consiguiente ahorro de recursos públicos, pues se consigue de esta manera lo fundamental: poner fin a la infracción, incluso sin necesidad de sanción.

Dado que la pertinencia de la admisión de esta terminación convencional corresponde al Tribunal, se considera adecuada, si bien cabe hacer una reflexión. La posibilidad de propuesta de los compromisos es muy avanzada, ya que puede tener lugar hasta el dictado de la resolución, es decir, cuando ya se ha tramitado la práctica totalidad del procedimiento. Pues bien, en la medida en la que el objetivo de la terminación convencional consiste en poner fin, incluso sin necesidad de sanción, a las restricciones de competencia consiguiendo el ahorro de recursos públicos, ha de señalarse que este segundo objetivo se consigue de forma limitada en tanto en cuanto esa terminación del expediente cabe cuando la casi totalidad de esos recursos han sido utilizados (es decir inmediatamente antes de la resolución).

A este respecto, podría resultar de interés establecer un período anterior para la propuesta de terminación convencional, por ejemplo anterior a la conclusión de la instrucción, aun cuando, en cualquier caso, la Autoridad tendrá facultades para rechazar la propuesta de terminación convencional si es tardía. El sistema previsto en el proyecto, que no varía sustancialmente del actual, puede dar lugar a una situación en la que el presunto responsable de las conductas anticompetitivas retrase la propuesta de poner fin a las mismas hasta el último momento, es decir hasta tener una idea fundada de la posible decisión de la Autoridad, manteniendo en consecuencia las conductas anticompetitivas durante un mayor periodo de tiempo y, como se ha indicado, cuando la mayor parte de recursos públicos ya han sido utilizados por lo que el ahorro es limitado. Debería preverse, en consecuencia, un momento anterior para la propuesta de compromisos que pongan fin a las restricciones a la competencia. Igualmente, podría preverse que no sean admisibles los compromisos en los supuestos de infracciones más graves de las normas de la competencia, es decir, para los supuestos de carteles de núcleo duro, que deberían ser en cualquier caso objeto de sanción, con sus correspondientes efectos disuasorios.

El capítulo VIII del proyecto se dedica a regular las sanciones. El proyecto eleva de forma considerable el importe de las sanciones previstas en la legislación vigente. A tal fin, el proyecto toma en cuenta las recomendaciones relativas al incremento

del importe de las multas, especialmente por el efecto disuasorio de las mismas. El importe de las multas (tanto para los supuestos de las conductas anticompetitivas como para el supuesto de realización de una concentración económica contraria a la libre competencia sin notificarla) debe responder a dos criterios fundamentales: ser proporcionales y gozar de efecto disuasorio. Debe analizarse hasta qué punto el contenido del proyecto cumple estos criterios.

El proyecto de artículo 57 establece un triple criterio para el establecimiento de la multa:

- a) Hasta el 30% del volumen de negocios asociados al producto o servicio involucrado en el acto ilícito cometido durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de la infracción (criterio del mercado afectado)
- b) Hasta el 30% del volumen de negocios consolidado durante el último ejercicio económico del grupo económico al que pertenezcan los infractores
- c) El doble del beneficio ilícito obtenido por el acto ilícito.

En el supuesto de poderse calcular la cifra en dos o más de estos criterios, se aplicará el importe mayor. En caso contrario, el importe de la multa podrá alcanzar hasta 200 millones de Unidades Móviles.

Indudablemente, mediante los mecanismos y cálculos establecidos en el proyecto, se puede obtener el efecto disuasorio, aunque tal vez no pueda afirmarse que se cumpla con el criterio de la proporcionalidad.

En primer lugar, el criterio según el cual debe imponerse el importe de la multa que resulte mayor de los tres elementos contemplados, impide que exista un tope máximo relacionado con la cifra de negocios de la empresa o el grupo en cuestión. A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, en las que el importe de la multa establece un máximo relacionado con el volumen de negocios del grupo o empresa de que se trate, no existe ese límite. La finalidad de ese tope consiste en evitar que el importe de la multa haga inviable la continuidad de la empresa. Habitualmente, ese importe está establecido en el 10% del volumen de negocios del grupo de

que se trate. Por el contrario, en el proyecto ese porcentaje se establece en el 30%, (según el segundo de los criterios comentados) y aun por encima, teniendo en cuenta el juego de criterio establecido, según el cual el importe de la multa será el mayor obtenido, cuando fuere posible, por el máximo de los tres criterios mencionados. Cabe la posibilidad, por ejemplo, de que el cálculo obtenido según el primero de los criterios pueda superarse ampliamente el importe del 30% de la cifra de negocios de la empresa o del grupo y, previsiblemente, con ese importe de la multa se haría inviable la continuidad de la empresa. En tal supuesto, puede llegarse a la conclusión de que, al desaparecer un operador en determinado mercado, la competencia en ese mercado queda restringida. Es cierto que ese límite se refiere al volumen de negocios en la Argentina, pero aun así, para el supuesto de empresas argentinas sin presencia internacional, una multa de ese importe, de indudable valor disuasorio, podría ocasionar la quiebra de la empresa.

Por otra parte, otras medidas concebidas en buena medida como sanciones en el proyecto de ley acentúan el efecto disuasorio. En primer lugar, la posible exclusión de los responsables del Registro Nacional de Proveedores del Estado, que implica que la empresa afectada se verá incurso en una prohibición de contratar con el Estado, con las considerables consecuencias que ello puede acarrear.

La segunda de las medidas que acentúa el efecto disuasorio de las sanciones previstas es la inclusión entre los condenados a los responsables de la empresa que hayan cometido la conducta anticompetitiva (además, con el criterio adecuado de que el importe de la sanción no pueda ser abonado por la empresa) y especialmente, la inhabilitación prevista para ellos.

Respecto de las sanciones previstas en la legislación actualmente vigente, no se incluye la posibilidad de adoptar medidas estructurales, llegando incluso a la disolución de la empresa. En la medida en la que equivale a una medida extraordinariamente dura, su virtualidad puede resultar escasa.

Los criterios contemplados en el proyecto de artículo 58 para proceder al cálculo de la multa se consideran idóneos por cuanto introducen el elemento subjetivo a la hora de enjuiciar la

conducta, modificando en buena medida la rigidez a que podría dar lugar la aplicación estricta de los criterios del proyecto de artículo 57.

El capítulo IX regula el programa de clemencia, que constituye una novedad de gran significación en la legislación argentina. En efecto, la introducción del programa de clemencia constituye una innovación trascendental que resulta plausible, pues su ausencia suponía una deficiencia de la legislación que imposibilitaba, o al menos dificultaba, la persecución contra los carteles. En este orden de cosas, debe señalarse que en las conclusiones, a modo de síntesis, aprobadas por la OCDE en octubre de 2006, se proponía la introducción de un programa de clemencia como forma de fortalecer la actividad anticartel, recomendación consecuencia de la constatación de que, como se ha señalado, la actividad de persecución de los carteles por la autoridad argentina de la competencia había sido limitada⁹¹.

La propuesta del proyecto incorpora las experiencias más exitosas de los países que han aplicado el programa de clemencia, si bien, apartándose de los modelos tradicionales no limita la aplicación del programa a los carteles sino a cualquier conducta infractora basada en la concertación⁹². Las líneas del programa incluyen la posibilidad de perdón total o parcial de la multa.

Para el otorgamiento de la concesión de la exención se exige:

- Ser el primero en suministrar información y elementos de prueba de una conducta colusoria, aunque el Tribunal hubiera empezado una investigación pero en el momento de la solicitud no contara con elementos de prueba suficientes
- Cese inmediato de la conducta, salvo que, para facilitar la investigación, el Tribunal autorizara su continuación
- Cooperación plena en la investigación
- No destruir pruebas
- No divulgar el hecho de que se ha procedido a la solicitud de la exención.

Por otra parte, quien reúna los anteriores requisitos, a excepción de ser el primero en facilitar la información y pruebas, y siempre y cuando aporte a la investigación elementos adicionales a los

que ya se disponga, podrá tener una reducción que alcance entre el 80% y el 20% del importe de la sanción. Entre esas cifras, se graduará la reducción teniendo en cuenta el orden de la presentación de la solicitud.

Por otra parte, se introduce un supuesto que resulta de gran interés. Cuando a lo largo de una investigación, uno de los participantes en la conducta ponga en conocimiento de la autoridad la existencia de una segunda conducta, con independencia de la exención por esta, tendrá lugar la reducción de un tercio del importe de la multa que le hubiera correspondido por la participación en la primera conducta.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que, a diferencia de lo previsto en alguno de los anteproyectos manejados, no se impide la concesión de los beneficios de la clemencia a quienes hayan sido los promotores o líderes de la conducta.

El capítulo X del proyecto incluye, como novedad respecto de la legislación actualmente vigente, una regulación de las acciones de reparación de daños y perjuicios por infracciones en materia de competencia.

A tenor de lo previsto en los proyectos de preceptos incluidos en el este capítulo, quienes hayan resultado perjudicados por las conductas anticompetitivas, podrán reclamar ante la jurisdicción civil y comercial la reparación de estos daños. Indudablemente, la existencia de un procedimiento en virtud del cual los autores de conductas contrarias a la libre competencia no solo se vean expuestos a las multas y demás sanciones previstas, sino que se pueden verse obligados a resarcir los daños y perjuicios causados a los damnificados por tales conductas, puede fortalecer los efectos disuasorios de las otras medidas previstas en la ley.

Como quiera que la existencia de reclamaciones de daños y perjuicios puede desincentivar al programa de clemencia, el proyecto de ley propone medidas para evitar ese efecto, medidas que consisten en que el juzgador que deba resolver sobre la reclamación pueda reducir o exonerar la de aquella a quien le hayan sido concedidos los beneficios de la clemencia. Excepción hecha de la responsabilidad que les pueda corresponder frente a sus compradores o

clientes directos o indirectos, o para el supuesto de que la reparación de los daños no haya sido posible resarcirla de los restantes participantes en la conducta.

Por otra parte, si las acciones propuestas por la regulación contenida en este capítulo son iniciadas una vez que haya recaído resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia, ésta tendrá la consideración de cosa juzgada. Obviamente, como se ratifica posteriormente al establecer distintos plazos de prescripción, se pretende permitir tanto las acciones de seguimiento (aquellas que se inicien una vez sea firme la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) como las acciones independientes (aquellas que no precisan de una previa resolución firme de ese Tribunal).

El capítulo XI del proyecto propone regular, en un régimen no sustancialmente diferente del actualmente vigente, las apelaciones contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien la gran novedad se propone en lo previsto en el capítulo XII, consistente en la propuesta de creación de una Cámara especializada (la Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia) para conocer de los distintos recursos previstos contra las decisiones y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. El hecho de que la revisión jurisdiccional quede residenciada en una Cámara especializada, abundará en la calidad de las resoluciones judiciales dictadas en revisión de las decisiones y resoluciones de la Autoridad Nacional de la Competencia.

En el capítulo XIII del proyecto se proponen los plazos de prescripción, que consisten en cinco años para la persecución de las conductas prohibidas. En cuanto a las reclamaciones de daños y perjuicios, se establecen plazos diferentes para las acciones independientes, que es el de tres años desde el cese de la infracción o bien de su conocimiento por parte del perjudicado, respecto de las acciones de seguimiento, que se establece en dos años desde la firmeza de la resolución sancionadora.

El proyecto dedica el capítulo XIV el Régimen del Fomento de la Competencia, creando el Fondo de Fomento de la Competencia, que será

administrado por la Subsecretaría de Fomento de la Competencia.

Finalmente, el capítulo XV del proyecto se dedica a las Disposiciones Transitorias y Complementarias.

5. SITUACIÓN ACTUAL

En el análisis inter pares realizado en el seno de la OCDE en el año 2006 se realizaron determinadas propuestas para mejorar el sistema argentino de defensa de la competencia, entre ellas:

- Crear el Tribunal de Defensa de la Competencia. Al crearse un organismo independiente se conseguiría sacar del ámbito del poder político las decisiones en materia de defensa de la competencia.
- Aumentar el presupuesto del organismo de competencia.
- Fortalecer el despliegue de la actividad anticartel. A tal fin debería incrementarse el importe de las multas, fortaleciendo su efecto disuasorio, y sancionar a los responsables. Al mismo tiempo debería establecerse un programa de clemencia.
- Aumentar la eficiencia en las investigaciones de las conductas anticompetitivas. A tal fin debería establecerse un procedimiento más transparente, y, al tiempo, aumentar los umbrales para la notificación de las concentraciones.
- Revisar el régimen actual de control de concentraciones que permite que las partes culminen su fusión antes de que la autoridad de competencia finalice su examen.
- Liberar a la CNDC de la mayor carga política posible, hasta que se cree el Tribunal.
- Continuar y ampliar los efectos para construir una cultura de la libre competencia en la Argentina.
- Desarrollar relaciones efectivas y profesionales con los jueces que conocen las apelaciones de los casos en materia de competencia.
- Ampliar las funciones de la autoridad de competencia en los sectores regulados.

El análisis de las actuaciones llevadas a cabo a partir de la aprobación de este informe debería llegar a conclusiones francamente desoladoras si no fuera por la presentación, en 2016, del proyecto de ley anteriormente comentado, así

como los importantes cambios llevados a cabo en ese mismo año mediante el nombramiento de un nuevo Presidente de la CNDC, unos nuevos comisionados y un nuevo equipo, pues no solo han elaborado la base del nuevo proyecto de ley que se está tramitando sino que han adoptado medidas para aumentar la eficiencia de la actuación de la CNDC.

Pero hasta el año 2016, en materia de diseño institucional no se ha llevado a cabo ninguna de las reformas propuestas por la OCDE, ni se ha fortalecido la independencia, ni se ha aumentado la eficacia de la actividad de lucha contra los carteles, ni se ha modificado el régimen de control de concentraciones, ni se ha creado el programa de clemencia. Por contra, en lugar de crear, como medio de fortalecer la independencia del sistema, el Tribunal se ha fortalecido la dependencia del poder político en la medida en la que se ha designado de forma permanente al Secretario de Comercio como Autoridad de Aplicación.

En 2005 se presentó un proyecto de ley por el que se creaba el Tribunal y se residenciaba en él las decisiones sobre concentraciones, pero no resultó aprobado.

Sin embargo, es preciso reconocer que a partir del año 2016 se han adoptado importantes medidas orientadas a mejorar el sistema argentino de defensa de la competencia, medidas que han sido apuntadas en el apartado correspondiente, pero que se resumen en el acortamiento de los plazos administrativos y mejora de los sistemas burocráticos, la designación de nuevos miembros de la CNDC, una reestructuración de su personal y formación de los mismos, una delegación de facultades que corresponden a la Autoridad de Aplicación (Secretario de Comercio) en la CNDC⁹³, y una nueva estructura organizativa de ésta, que está redundando en un adecuado cumplimiento de sus funciones.

Los esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la defensa de la competencia argentina, que han sido objeto de análisis a lo largo del informe, redundarán, sin lugar a dudas, en beneficios para los consumidores (mejores precios, calidad y variedad de productos), así como en la generación de un clima de inversión positivo de la comunidad empresarial tanto nacional como internacional.

6. CONCLUSIONES

Primera. Las recomendaciones realizadas en el examen inter pares de 2006 en el seno de la OCDE siguen vigentes. En particular, durante los años transcurridos desde la aprobación de tales recomendaciones hasta 2016, no se había mostrado al parecer una disminución de la influencia política en la aplicación de las normas de la competencia, si bien a partir de ese año se pueden observar avances considerables en cuanto a la reducción de esa influencia política.

Segunda. A partir del año 2016, se han adoptado importantes iniciativas, tanto en el orden organizativo de la CNDC como en la propia actuación de este organismo, que van orientadas en el sentido de fortalecer la independencia y la eficacia de la Autoridad de la Competencia.

Tercera. El hecho de que se hayan delegado en la CNDC las facultades que corresponden al Secretario de Comercio, como la Autoridad de Aplicación, abunda en la conclusión anterior y pone de manifiesto la voluntad de fortalecer el sistema argentino de defensa de la competencia en consonancia con las líneas básicas de las mejores prácticas internacionales.

Cuarta. La presentación de un proyecto de ley de defensa de la competencia significa igualmente la exteriorización de un compromiso en línea con las recomendaciones efectuadas en 2006. Con total respeto a la soberanía encarnada en el Poder Legislativo de la República Argentina, deben formularse votos por la rápida aprobación del proyecto, que significará que el sistema argentino de defensa de la competencia podrá disponer de una ley avanzada en línea con las mejores prácticas internacionales.

Quinta. El contenido del proyecto de ley presentado recoge la totalidad de las preocupaciones puestas de manifiesto en repetidas ocasiones, y ya apuntadas en 2006, tales como aumentar los umbrales para la notificación de las operaciones de concentración, regular los efectos suspensivos de la notificación, acortar los plazos para la tramitación de los expedientes, implementar un programa de clemencia y la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia. Al tiempo, el sistema elegido para el nombramiento de quienes han de formar parte de él y su inamovilidad durante el tiempo para el que serán nombrados resultan elementos idóneos para fortalecer su independencia frente al poder político y los intereses económicos.

Sexta. Hasta que se apruebe la nueva ley, resulta necesario recomendar que se sigan haciendo esfuerzos para el acortamiento de los plazos de tramitación de los expedientes, tanto en materia de comportamientos, como en control de concentraciones. En este orden de cosas, sería conveniente que los plazos marcados en la ley fueran considerados como preclusivos y no simplemente reglamentarios, como ocurre en la actualidad, de manera que el transcurso de los mismos, sin interrupciones debidamente justificadas, conllevara la caducidad del expediente.

Séptima. A partir de 2016, la nueva Comisión, de acuerdo con el Secretario de Comercio, ha desempeñado una importante labor de promoción de la competencia, no solo mediante la creación de la Dirección de Promoción, sino mediante la elaboración de un informe sobre el mercado de tarjetas de crédito que ha tenido una importante repercusión en la vida económica. Debe insistirse que la promoción de la competencia resulta un instrumento muy idóneo para crear cultura de la competencia, por lo que debe instarse a su intensificación.

Octava. En paralelo a la aprobación del proyecto de ley, e incluso con antelación a la misma, debe dotarse a la Comisión de suficientes medios económicos para permitir el ejercicio de sus funciones sin depender de la voluntad política del Poder Ejecutivo, al tiempo que arbitrar fórmulas más flexibles de contratación del personal. Con ello se permitirá el acceso a la autoridad de competencia de los mejores profesionales y, por lo tanto, redundará en su prestigio. Es importante dotar a la Autoridad de los recursos financieros necesarios. En este sentido podría considerarse la creación de una tasa por control de las concentraciones, la cual aseguraría el incremento de recursos de la Autoridad y reforzaría su independencia económica.

Novena. Se debe facilitar la aplicación privada de las normas de la competencia, facilitando procedimientos idóneos para que los perjudicados por la infracción de las normas de la competencia puedan reclamar los daños y perjuicios causados y se permita así un nuevo elemento disuasorio de las infracciones. En la regulación, sería necesario contemplar los conflictos que se pueden plantear en este campo con el programa de clemencia y establecer mecanismos para que este programa no quede desincentivado por el temor del inicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios.

NOTAS

1. Artículos publicados en Globaltrade.net: "Market Analyses about Argentina", así como información publicada en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Ministerio de Agroindustria.
2. Aproximadamente \$EE.UU.779 billones en 2018 y \$EE.UU.925 billones en 2019.
3. Fondo Monetario Internacional: "2016 Article IV Consultation – Press release; staff report; and statement by the Executive Director for Argentina", pág. 43.
4. Eduardo Tambussi, Carlos: "Defensa de la competencia en la Argentina: aspectos constitucionales y vinculación con el derecho de usuarios y consumidores", ISSN 2313-1861, LEX N° 14, 2014.
5. Basterra Marcela: "La defensa de la competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25.156". Doctrina Judicial (2003-2), págs. 837-844.
6. Cabe destacar que las Leyes 11.210, 12.906 y 22.262 fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1853-1860, que no contenía ninguna previsión específica a la defensa de la competencia.
7. Constitución de la Argentina, artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...".
8. Para un análisis más extenso de los antecedentes legislativos, véase Cabanellas (1992).
9. Como dato curioso se puede señalar que en el film "Gilda", de Charles Vidor (1946) a los europeos les llamaba la atención en aquellos años que la policía argentina persiguiera a uno de los personajes por promover un cartel mundial del wolframio. En el seno de la International Competition Network (ICN), los países en cuyas legislaciones las sanciones por infracción en materia de competencia tienen carácter penal, con Estados Unidos de América a la cabeza, insisten en que los países que incardinan sus normas de competencia dentro del derecho administrativo sancionador (considerando sus infracciones como ilícitos administrativos) legislen criminalizando algunas de las conductas anticompetitivas, particularmente los carteles.
10. En 2009 y en el marco de un estudio realizado por la Office of Fair Trading británica (An assessment of discretionary penalties regimes) se llevó a cabo una encuesta selectiva dirigida a empresas y abogados de competencia sobre el valor disuasorio de cinco medidas (criminalización, inhabilitación de directivos, multas, daño reputacional e indemnización de perjuicios) tanto empresas como abogados le dieron el mayor valor disuasorio a la criminalización (es de destacar que a la hora de valorar el carácter disuasorio de las otras medidas no se produjeron las mismas coincidencias; por ejemplo, las empresas concedían, al contrario que los abogados, escaso efecto disuasorio a las multas).
11. En enero de 1999, la petrolera española Repsol compró el 14,99% de las acciones de YPF al Gobierno argentino e, inmediatamente, lanzó una Opa a \$EE.UU.44,79/acción sobre el resto de las acciones de YPF. Tras decretarse en 2012 la intervención de YPF por parte del Gobierno de la Argentina, finalmente se aprobó la expropiación del 51% de las acciones de YPF propiedad de Repsol (Repsol ostentaba un 57,4% del accionariado).
12. Antes de ser reformada por la Ley 26.993, en el año 2014.
13. Ruiz Díaz Labrano, Roberto: "Globalización, el derecho del mercado y la defensa de la competencia en el MERCOSUR", págs. 215-217.
14. La Ley 26.993 creó el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, como parte de un paquete de reformas impulsadas en 2014 por el Gobierno de Cristina Kirchner, con el objetivo de ejercer un mayor control sobre los precios y combatir el contexto inflacionario.
15. El artículo 8 de la Ley 25.156 establece que los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14, esto es, una vez que la autoridad de control apruebe, condicione o rechace la operación, o bien la misma se tenga por aprobada en forma tácita. Por lo tanto, si bien el mecanismo que establece la normativa argentina en materia de control de concentraciones es el de notificación previa el citado artículo establece que las operaciones de concentración económica que reúnan los requisitos allí establecidos deben ser notificadas para su examen "...previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o

- de la adquisición de una participación de control...”, haciendo que en la práctica, el control de concentraciones en la Argentina se haya desarrollado como un régimen ex post desde su creación.
16. Bonzón Rafart, Juan C.: “Derecho de la competencia”, ERREPAR, DPTyE, N° 23, mayo de 2012, cap. 4: “Conductas prohibidas”.
 17. La Ley 25.156 define en sus artículos 4 y 5 la posición dominante y cuáles son los factores a tener en cuenta para establecer su existencia.
 18. Bonzón Rafart, Juan C. “Ley de defensa de la competencia: Ámbito territorial. Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Principio de realidad económica”, ERREPAR, noviembre de 2012.
 19. Estas tres formas que pueden adoptar las colusiones para aumentar su poder de mercado no son mutuamente excluyentes, sino que muy al contrario, en muchas ocasiones se complementan para lograr aumentar una mayor efectividad.
 20. Malis, Ismael; Povolo, Diego; y Pereda, Jorge: “La lucha anticartel en la Argentina”. Informe de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
 21. Giner Parreño, César, “Distribución y Libre Competencia (el aprovisionamiento del distribuidor) Editorial Montecorvo, Madrid 1994. En la normativa de la Unión Europea (UE) durante años ha sido extensa la regulación de las restricciones verticales mediante los Reglamentos de Exención por Categorías, que reúnen las características de los acuerdos para, a pesar de restringir la competencia, merecen una exención a tenor del artículo 101.3 del Tratado. Cualquier sistema de distribución restringida tiene por objeto o efectos limitar la competencia, pero al tiempo tales acuerdos son beneficiosos para los consumidores en la medida en la que permiten que les lleguen un mayor y mejor número de productos. Por ello merecerán una exención siempre que no incluyan determinadas cláusulas (por ejemplo, la fijación vertical de precios). Hasta 1999, imperó en la normativa de la UE durante años un criterio formalista, que cambió en 1999 con la aprobación del Reglamento 2790/99 sobre Restricciones Verticales (actualmente sustituido por el Reglamento 330/2010), en el que entraron en consideración elementos propios del análisis económico del derecho, criterios en los que se profundiza en el reglamento vigente. Por lo tanto, las normas europeas van flexibilizando su consideración sobre los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales. Por otra parte, en los primeros años de la aplicación de las normas de la competencia europeas hubo un buen número de decisiones condenando restricciones verticales, pero en los últimos años se ha reducido ese panorama y la actividad primordial de la Comisión en materia de la competencia se centra en los carteles y los abusos de posición dominante. Esa tendencia se explica por el hecho de que los objetivos de la Comisión Europea no se limitan a conseguir un régimen en el que la competencia no esté afectada, sino que también se persigue la creación de un mercado común, y ciertas formas de distribución pueden dificultar ese objetivo.
 22. Como ejemplo de un abuso explotativo destacamos el caso YPF, y de abuso exclusionario, la Resolución Clorox.
 23. Esta interpretación aparece en Cabanellas (1983), capítulo 5; y se condice con lo que expresa la exposición de motivos de la Ley 22.262.
 24. El término “influencia sustancial” ha sido objeto de numerosos debates en materia de defensa de la competencia. La CNDC a través de su jurisprudencia ha intentado aclarar el alcance del término. En el trámite de la Opinión Consultiva N° 124 determinó que “...la influencia decisiva (o sustancial) significa el poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa...”. Años más tarde, a través de la Resolución 4/2009, de fecha 9 de enero de 2009, estableció que “...la influencia sustancial podrá eventualmente lograr intensidad suficiente para transformarse en una influencia ‘controlante’ o ‘de control’, ya que el control es una influencia que otorga dominio a la voluntad social (y obviamente con ello a los negocios sociales)...”.
 25. El Reglamento de la Comisión Europea N° 1310/9729, en su artículo 3, define como “concentraciones” a las operaciones que provocan un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas.
 26. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, tomo 2, pág. 279.
 27. Bonzón Rafart, Juan C.: “Concentraciones y fusiones”, ERREPAR, agosto 2013.
 28. Molina Sandoval, Carlos: “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino”, 2010.
 29. Conforme se define en la Resolución 164/2001, anexo I, “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas”.
 30. Nochteff, Hugo y Soltz, Hernán “Defensa de la Competencia” Plan Fénix, FCE/UBA, febrero de 2003.
 31. Otamendi, Jorge: “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”, la Ley 1999-F, 1087.
 32. OCDE y BID: “El control de concentraciones económicas en la República Argentina”.

33. El procedimiento para la notificación de operaciones de concentración económica ha sido instrumentado de forma más detallada a través de la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica (conf. Resolución N° 40/01), que complementa la Ley de Defensa de la Competencia, detallando los formularios a presentar (F1, F2 y F3) y los distintos requerimientos de información de acuerdo con la complejidad de la operación objeto de notificación.
34. El artículo 8 del Decreto 89/2001, reglamentario de la Ley 25.156 define el concepto de “empresas afectadas” incluyendo en el concepto tanto a la empresa respecto de la cual se tome el control como la empresa que adquiera dicho control.
35. Aproximadamente \$EE.UU.12,5 millones.
36. Adicionalmente, el artículo 10 establece otras excepciones a la notificación obligatoria, a saber: “a) las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones; b) las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; c) las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina; d) adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año)”.
37. Con la excepción de que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de 60.000.000 de pesos (aproximadamente \$EE.UU.3,75 millones) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.
38. De acuerdo a lo estipulado en la Resolución 190 – E/2016 del Secretario de Comercio, mediante la cual se encomienda a la CNDC llevar adelante la investigación e instrucción de los expedientes que se inicien, o ya fueran iniciados en virtud de la Ley 25.156 y establece las facultades del organismo a tal efecto.
39. Es competente en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 58 de la Ley N° 25.156, el Decreto N° 357 de fecha 21 de febrero de 2002 y sus modificaciones y el Decreto 718/2016.
40. Conforme lo establecido en el artículo 8 de la Ley 25.156.
41. No obstante lo establecido en el artículo 8 de la Ley 25.156 en cuanto a los efectos legales de los actos sometidos a notificación obligatoria, la jurisprudencia de la CNDC ha dicho que “... la operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encuentra sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma... aun estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberán volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación”. CNDC, Opinión Consultiva N° 62 de fecha 29 de agosto de 2000.
42. Aproximadamente \$EE.UU.62.500.
43. La media de tramitación de los expedientes de concentración alcanzaba antes de 2016 los 3,2 años, a pesar de la escasa dificultad de buena parte de los casos como consecuencia de los bajos umbrales exigidos para la notificación. Tras el nuevo impulso realizado a partir de ese año, dicho promedio se ha reducido a 1,9 años.
44. Orlanski, Leonardo T.: “La defensa de la competencia desde el derecho público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable”. Cuestiones de Intervención Estatal, Universidad Austral. Jornadas 2010.
45. Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O’Farrel Mairal) artículo de fecha 31 de octubre de 2014, “Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”.
46. Dictamen de fecha 22 de junio de 2006 “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II” (S.C.C. 1216 L. XLI) y Recreativos Franco s/ apel. resol. CNDC (SC, R.1172, L. XII).
47. El artículo 24 le confiere la Autoridad de Aplicación facultades investigativas básicas, incluidas las de realizar estudios de mercado; celebrar audiencias y recibir declaraciones; examinar libros y documentos; y practicar allanamientos previa autorización judicial. Asimismo, faculta al organismo para emitir opinión en materia de competencia; elaborar sus reglamentos internos; promover acciones ante la justicia; actuar con las dependencias competentes en la negociación de convenios internacionales en materia de políticas de competencia; y celebrar acuerdos de consentimiento en los casos.
48. Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O’Farrel Mairal), artículo de fecha 31 de octubre de 2014, “Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”.
49. Vid. Apartado 3.4 Concentraciones económicas, “Caso Telefónica–Telecom” del presente informe.
50. Según el Artículo 8° de la Ley N° 22.262, dos de los vocales de la citada Comisión deben ser abogados y dos profesionales en ciencias económicas con reconocidos conocimientos en las materias propias de dicha ley y con

al menos treinta años de edad y cuatro años de ejercicio en la profesión. Asimismo, de acuerdo con el artículo primero del Decreto 1190/2016, los 4 vocales tendrán jerarquía de Subsecretario.

51. La CNDC profundiza el análisis usando nueva información que obtiene a través de requerimientos de información y llamados a audiencia de los actores relevantes.
52. Trevisán, Pablo: "Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia", JA 2013-IV, fascículo n. 4., Ed. La Ley, Buenos Aires, 23 de octubre de 2013.
53. Históricamente, este tipo de demandas civiles de reclamación daños y perjuicios como consecuencia de las violaciones de las normas de competencia se han dado con mayor frecuencia en Estados Unidos, y aunque en el Derecho de la UE su desarrollo ha sido más lento, ha habido numerosos avances legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre esta materia. Así, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE "Courage" y "Manfredi" ponen de manifiesto este elemento disuasorio de la reclamación de daños. Como consecuencia del debate que se abrió, la Comisión Europea inició un proceso de reflexión que concluyó con la aprobación de la Directiva 2014/104 de 26 de noviembre sobre Reclamación de daños e Indemnización de Perjuicios por infracciones en materia de competencia.
54. A modo de ejemplo citamos la reclamación privada promovida por Auto Gas S.A., en el marco de la investigación a la entidad Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Decisión N° 314 emitida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia el 19 de marzo de 1999, más tarde ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en su Sentencia Fallos 325:1702).
55. Trevisán, Pablo: "Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia", año LXXIX n° 39., Ed. La Ley, Buenos Aires, 27 de febrero de 2015.
56. Puede servir de modelo la Directiva de la UE de noviembre de 2014 que ha sido anteriormente citada.
57. Entre otros, Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c. Estado Nacional, S.C., B 1626, L.XLII; Cencosud S.A. s/apelación resolución Comisión Nac. de Defensa de la Competencia, S.C., C.73, L.XLVIII.
58. Conforme ha sido mencionado, a partir de la modificación establecida por el Decreto 1/2016 y 718/2016, la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de Argentina es la Autoridad de Aplicación de la LDC.
59. De Dios, Miguel Ángel: "Un paso en falso en el Diseño Institucional para la Defensa de la Competencia" Revista de Derecho Constitucional, Número 6, II-LXXVII-977, mayo de 2015.
60. Dicho Decreto fue modificado posteriormente por el Decreto 741/2015.
61. Mediante la Resolución del Secretario de Comercio 190/2016.
62. La tendencia a tramitar la totalidad de las denuncias ocasiona que buena parte de los medios materiales y personales se destinen a tramitar conductas sin trascendencia, impidiendo que sean destinadas a la persecución de las conductas más graves, al tiempo que se produce un alargamiento del tiempo dedicado a la tramitación de cada uno de los expedientes.
63. Si se tiene en cuenta la duración de la mayor parte de los casos analizados, los plazos se alargan considerablemente, en la medida en la que se acude con frecuencia a paralizaciones con efectos interruptivos. Los avances en orden a acortar los plazos de tramitación de los procedimientos son considerables, dado que la duración media de los expedientes sancionadores era antes de 2016, de 4,9 años. En la actualidad, a pesar de la importante acumulación de asuntos pendientes, la tramitación media de los casos nuevos ha bajado a siete meses.
64. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 14 de abril de 2015, en los autos "Cencosud S.A. s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia".
65. Sentencias de la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, del 21 de octubre de 2009 en los autos "Telefónica de España, Olimpia y otros s/ diligencia preliminar s/ Ley 25.156. Incidente de verificación de cumplimiento de resolución 44/09" y del 14 de julio de 2011 en los autos "Papel Prensa s/ incidente de apelación".
66. Entre los supuestos en los que se ha aceptado esta forma de terminación del expediente pueden destacarse los casos Nielsen (n° So1: 0266963/2003); Cooperativa de Lancheros Comandante Luis Piedrabuena (n° S01 0179868/2002); Cablevisión (n° 064-010050/2001); Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros (n° 064-011479/1999), y Royal Canin (n° S01:0112741/2010).
67. Aproximadamente \$EE.UU.650.
68. Aproximadamente \$EE.UU.9 millones.

69. En la legislación vigente se ha suprimido el elemento relativo al beneficio ilícito de la legislación anterior, elemento que permitía incrementar el importe de las multas, como se ha hecho en diversas ocasiones. La supresión de tal elemento se considera como un paso atrás por cuanto el importe máximo de las multas, como consecuencia del proceso inflacionario, queda reducido a una multa de algo más, en la actualidad, de nueve millones de dólares de Estados Unidos, cantidad esta que no puede tener efecto disuasorio efectivo.
70. En la reforma de 2014 se somete la revisión jurisdiccional a la competencia de la Cámara de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, Cámara que no se llegó a crear. Conforme lo establecido en el artículo 76 de la Ley 26.993, hasta la creación de este fuero, continuarán entendiendo aquellos tribunales que venían haciéndolo hasta la sanción de esa ley.
71. Como se ha indicado, el criterio del beneficio ilícito fue suprimido en la Ley de 1999.
72. En algunas estimaciones se considera que el beneficio ilícito asciende, cuanto menos, al 10% de las ventas del producto afectado por el cartel.
73. Germán COLOMA, "La Ley argentina de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación", La Ley (Suplemento UCEMA) págs. 1 y 2, 6 de julio de 2007, y del mismo autor un trabajo mecanografiado "Cartelización y relaciones verticales: comentarios sobre tres casos argentinos de defensa de la competencia".
74. Resolución del Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor de 12 de agosto de 2001, que siguió el criterio de la CNDC.
75. Germán COLOMA: Integración vertical o cartelización: El caso del fútbol codificado" Derecho Comercial y de las Obligaciones, nº 2008 págs. 1032-1047, año 2004.
76. Sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de lo Penal Económico de 29 de agosto de 2003.
77. La conducta analizada es un claro ejemplo de conducta exclusionaria (negativa de ventas, limitación de descuentos...), si bien del texto del Dictamen no se deduce con claridad que el mercado relevante sea tan estrecho como el de las aguas lavandinas, en la medida en que no queda claro si existen otros productos sustitutivos; de la misma forma, parece que es un hecho notorio la posición de dominio en ese mercado de Clorox, pero habría sido conveniente la remisión a datos públicos para argumentarla.
78. El camerista Dr. Bonzón disintió de la opinión mayoritaria y, aplicando el concepto de la "realidad económica", explicó en un largo voto particular los criterios por los que consideraba que la Resolución recurrida debería ser confirmada.
79. Por el contrario, el camerista disidente entró en el fondo de la operación y consideró que la misma constituía una concentración y afectaba a la competencia, por cuanto la restringía en los mercados de telecomunicaciones en la Argentina.
80. Las empresas involucradas en la concentración se obligaban a no abrir nuevas salas de exhibición cinematográfica en dichas zonas por un período de cinco años, período que podría acortarse si terceros operadores abrieran nuevas salas en ellas durante el mismo. En cuanto al compromiso respecto de los precios, se refiere a la obligación de no modificar en el mismo período de cinco años la relación de precios existentes en la zona respectiva y un mercado de referencia, que será el de la provincia de Mendoza.
81. En el mercado geográfico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien las participaciones en facturación de las empresas que se concentraban superan esa cifra, las participaciones del conjunto de las empresas que se concentraban según el número de espectadores se encontraban en el año 2013, en el 39,95%.
82. En virtud de un Convenio entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 1992, las partes contratantes se comprometieron a que cada una de ellas concedería a la compañía de la nacionalidad de la otra una licencia para operar en la ruta entre Buenos Aires y Londres con una frecuencia de siete días a la semana. A pesar de que la situación ha cambiado como consecuencia de la liberalización del mercado aéreo, ninguna compañía argentina ha solicitado hacer uso de tal compromiso.
83. Podría pensarse que con la condición se evitaba la posibilidad de supresión de la línea directa BA/Londres, y con ello el fortalecimiento de la posición de Iberia. Pero, por otra parte, cualquier estudio sobre esa medida llevaría a la conclusión de que esa supresión ocasionaría no solo el fortalecimiento de Iberia (que difícilmente absorbería en sus vuelos indirectos la totalidad de la cuota de BA en su vuelo directo) sino que otras compañías ampliarían su cuota de mercado. Por ello la cuota de mercado, y por tanto su posición dominante, de IAG en esa línea se reduciría.
84. El Presidente de la CNDC disintió del parecer mayoritario y emitió un Dictamen en el que proponía el sometimiento de la operación a ciertas condiciones.

-
85. Si en febrero de 2016 había 144 personas en la CNDC, el número se redujo el mes siguiente a 87 y, con la nueva contratación de especialistas se ha establecido la cifra, en marzo de 2017, en 110 personas.
 86. Durante el 2016 se han venido desarrollando actividades de formación para el staff, a cargo de funcionarios de la FTC, DOJ, IADB; World Bank, OECD, así como el curso de la escuela INDECOPI – UNCTAD/COMPAL o la realización de la semana de la competencia, en la que participaron las autoridades de las agencias de la región.
 87. Aunque en el PL, siguiendo el criterio de la legislación actual, incluye en el segundo párrafo de su artículo primero una conducta unilateral que puede ser realizada por quien no se encuentre en posición dominante: la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas. Normalmente se trata de una conducta de competencia desleal que si tiene consecuencias para el funcionamiento del mercado, puede ser conceptuada igualmente como conducta contraria a la libre competencia.
 88. La aplicación de la legislación de la competencia a los Colegios Profesionales ya ha tenido lugar, por ejemplo, en una serie de actuaciones contra los Colegios Médicos, que prohibían a sus colegiados contratar con otras compañías médicas.
 89. Según el proyecto de artículo 89: “A los efectos de la presente ley definase a la Unidad Móvil como unidad de cuenta. El valor inicial de la Unidad Móvil se establece en quince (15) Pesos, y será actualizado automáticamente cada un año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) o el indicador oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará el último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la Unidad Móvil en su página web”. De acuerdo con este proyecto de disposición de ser aprobado el proyecto en los términos previstos, el umbral de notificación aumentaría de los doscientos millones de pesos actuales a dos mil doscientos cincuenta millones de pesos, lo cual evitaría la tramitación de expedientes, con la consiguiente utilización de recursos públicos, de control de operaciones de concentración que, por su escasa importancia, nula repercusión pueden tener en las condiciones de competencia.
 90. Conforme lo establecido en el artículo 38 del proyecto todos los plazos se contarán por días hábiles administrativos.
 91. Y sometidas a control jurisdiccional.
 92. “El organismo también debería establecer un programa de indulgencia que prevea la supresión de las sanciones contra el primer miembro de un cartel que proponga su colaboración”. Desde 2001, la OCDE viene recomendando la aprobación de programas de clemencia.
 93. La aplicación del programa de clemencia a las restricciones verticales no constituye un ejemplo habitual en otras legislaciones, aunque en algunos casos (por ejemplo, en Colombia) está previsto.
 94. La CNDC fue nominada para el premio internacional Antitrust Writing Awards organizado por Concurrences Institute of Competition Law and George Washington University Law School, Competition Law Center.
-

public resources - of concentration operation control cases which, due to their smaller size, can have no impact on competition conditions.

⁸⁹ In accordance with the provisions of Article 38 of the draft bill, all time periods will be counted in administrative working days.

⁹⁰ And subject to judicial control.

⁹¹ "The organisation should also set up a leniency programme which provides for the lifting of sanctions against the first cartel member that offers its collaboration". Since 2001, the OECD has recommended the approval of leniency programmes.

⁹² The application of the leniency programme to vertical restraints is not a common example in other legislations, although this is planned in some cases (in Colombia, for example).

⁹³ The CNDC was nominated for the international Antitrust Writing Awards organised by the journal *Concurrences* and the Institute of Competition Law and George Washington University Law School, Competition Law Center.

- ⁷⁴ Germán COLOMA: Integración vertical o cartelización: El caso del fútbol codificado" Derecho Comercial y de las Obligaciones, no. 2008 pages 1032-1047, 2004.
- ⁷⁵ Judgement of Division B of the National Court of Economic and Criminal Matters of 29 August 2003.
- ⁷⁶ The behaviour analysed is a clear example of exclusionary conduct (refusal to supply, limitation of discounts etc.), although it cannot be clearly deduced from the text of the Opinion that the relevant market is as restricted as that of bleaches, in that it is not clear whether other substitute products exist; similarly, it appears that the dominant position of Clorox in this market is a well-known fact, but it would have been appropriate to refer to publicly available information in order to make this argument.
- ⁷⁷ The appeal court judge, Dr. Bonzón, disagreed with the majority opinion and, applying the concept of "economic reality", explained in a long individual opinion the criteria on the basis of which he considered that the appealed Resolution should be confirmed.
- ⁷⁸ Conversely the dissenting appeal court judge went into the substance of the operation and considered that it did constitute a concentration and did affect competition, and thus impeded competition in the telecommunications markets in Argentina.
- ⁷⁹ The companies involved in the concentration undertook to refrain from opening new film theatres in these areas for a period of five years, although this could be reduced if third party operators were to open new theatres in these areas during that period. The undertaking on prices refers to an obligation, within the same five-year period, not to change the price ratio existing between the area concerned and a reference market, which would be the province of Mendoza.
- ⁸⁰ In the geographical market of the Autonomous City of Buenos Aires, although the billing share of the companies undergoing concentration exceeds this figure, the shares of all the companies undergoing concentration, according to audience figures, were 39.95% in 2013.
- ⁸¹ Under an Agreement between the Argentine Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland of 1992, the signatory parties gave the commitment that each would grant a licence to the other party's national carrier to operate the route between Buenos Aires and London on seven days of the week. Despite the fact that the situation has changed as the result of the liberalisation of the aviation market, no Argentine company has applied to take advantage of this agreement.
- ⁸² It might be thought that the condition prevented the possibility of the withdrawal of the direct service between Buenos Aires and London, thereby strengthening the position of Iberia. Yet, conversely, any study of this measure would lead to the conclusion that any such withdrawal would lead not only to the strengthening of Iberia (which would have difficulty in absorbing in its indirect flights the entire share of BA in terms of direct flight), rather other companies would expand their market share. This means that the market share of IAG, and hence its dominant position, on this route would be reduced.
- ⁸³ The President of the CNDC dissented from the majority view and issued an Opinion in which he proposed that the operation be made contingent upon certain conditions.
- ⁸⁴ Whereas in February 2016 there were 144 staff within the CNDC, the number was reduced in the following month to 87 and, with the hiring of new specialists, the figure stabilised in March 2017 at 110 people.
- ⁸⁵ Staff training activities were implemented in the course of 2016, provided by officials of the FTC, DOJ, IADB, World Bank, OECD, together with the course at the INDECOPI – UNCTAD/COMPAL School or the implementation of competition week, in which the region's authorities and agencies took part.
- ⁸⁶ Although Article 1 (2) of the draft law, in line with the opinion of current legislation, makes mention of a unilateral behaviour which could be engaged in by a party not holding a dominant position: the gaining of significant competitive advantages through the infringement of other rules. This normally concerns an unfair competitive behaviour which, if it has consequences for the functioning of the market, can also be categorised as behaviour contrary to free competition.
- ⁸⁷ The application of competition legislation to Professional Bodies has already been seen, for example, in a series of actions against Medical Associations which were prohibiting their members from entering into contracts with other medical companies.
- ⁸⁸ According to draft Article 89: "For the purposes of this law, the Mobile Unit is to be defined as the unit of account. The initial value of the Mobile Unit is set at fifteen (15) Pesos and will be updated automatically every year using the change in the consumer price index (CPI) published by INDEC (National Institute of Statistics and Censuses) or the future replacement official indicator. The update will be carried out on the last working day of each year, and will come into effect at the time of its publication. The National Competition Authority will publish the updated value of the Mobile Unit on its website". In accordance with this draft provision, if approved in the terms provided, the threshold for notification will increase from the current two hundred million pesos to two thousand two hundred and fifty million pesos, which will prevent the processing - and the consequent use of

damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

- ⁵³ One example is the private complaint brought by Auto Gas SA as part of an investigation into the entity Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Decision no. 314 issued by the National Commission for the Defence of Competition on 19 March 1999, later ratified by the Supreme Court of Justice of Argentina, in its judgement (Judgements 325:1702).
- ⁵⁴ Trevisán, Pablo: "Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia", year LXXIX no. 39. Ed. La Ley, Buenos Aires, 27 February 2015.
- ⁵⁵ The above-mentioned EU Directive of November 2014 can be used as a model.
- ⁵⁶ Among others, Belmonte Manuel and Asociación Ruralista General Alvear vs National State, S.C., B 1626, L.XLII; Cencosud S.A. on appeal against CNDC resolution, S.C., C.73, L.XLVIII.
- ⁵⁷ As mentioned above, as of the amendment established by Decrees 1/2016 and 718/2016, the Secretariat of Commerce of the Ministry of Production of Argentina is the Enforcement Authority for the LDC.
- ⁵⁸ De Dios, Miguel Ángel: "Un paso en falso en el Diseño Institucional para la Defensa de la Competencia" Revista de Derecho Constitucional, Number 6, IJ-LXXVII-977, May 2015.
- ⁵⁹ This Decree was subsequently amended by Decree 741/2015.
- ⁶⁰ Through Resolution 190/2016 of the Secretary of Commerce.
- ⁶¹ The tendency to process every complaint means that a large proportion of material and staff resources are devoted to processing insignificant behaviours, diverting them from the prosecution of more serious behaviours, and at the same time slows down the processing of every case.
- ⁶² If the duration of the majority of cases analysed is taken into account, the time periods increase considerably insofar as there is frequent recourse to suspensions with interruptive effects. There has been considerable progress in shortening procedure processing times, given that the average duration of sanction proceedings was 4.9 years in 2016. Today, despite the large build-up of pending cases, the average processing time for new cases has been reduced to seven months.
- ⁶³ Judgement of the Supreme Court of Justice of the Nation of 14 April 2015 in the proceedings "Cencosud S.A. on appeal against CNDC resolution".
- ⁶⁴ Judgements handed down by Division A of the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters on 21 October 2009 in the proceeding "Telefónica de España, Olimpia and others on pretrial proceeding on Law 25.156. Motion for verification of compliance with Resolution 44/09" and on 14 July 2011 in the proceeding "Papel Prensa on motion for appeal".
- ⁶⁵ This form of case settlement has been accepted in the following proceedings: Nielsen (no. So1: 0266963/2003); Cooperativa de Lancheros Comandante Luis Piedrabuena (no. S01 0179868/2002); Cablevisión (no. 064-010050/2001); Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros (no. 064-011479/1999), and Royal Canin (no. S01:0112741/2010).
- ⁶⁶ Approximately US\$650.
- ⁶⁷ Approximately US\$9 million.
- ⁶⁸ The current legislation omits the element relating to illicit profits which was included in the earlier legislation, an element that allowed the amount of fines to be increased, as happened on numerous occasions. The removal of this element is regarded as a backward step inasmuch as the maximum amount of fines, as the result of inflation, is reduced to a fine of a little more than nine million US dollars today, a sum that cannot have an effective deterrent effect.
- ⁶⁹ In the 2014 reform, judicial review is placed under the jurisdiction of the Chamber for Appeals in Consumer Interactions, which was never created. In accordance with the provisions of Article 76 of Law 26.993, until such time as this Chamber is created, those courts dealing with such matters before the enactment of the law will continue to do so.
- ⁷⁰ As indicated above, the criterion of illicit profits was removed in the Law of 1999.
- ⁷¹ By some estimates, the illicit profits are considered to be, at the least, 10% of product sales made by the cartel.
- ⁷² Germán COLOMA, "La Ley argentina de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación", La Ley (UCEMA supplement) pages 1 and 2, 6 July 2007, and a typewritten paper by the same author "Cartelización y relaciones verticales: comentarios sobre tres casos argentinos de defensa de la competencia".
- ⁷³ Resolution of the Secretary of Competition, Deregulation and Consumer Protection of 12 August 2001, which concurred with the opinion of the CNDC.

- ³⁵ Approximately US\$12.5 million.
- ³⁶ In addition, Article 10 establishes other exceptions to mandatory notification, namely: "a) acquisitions of companies in which the purchaser already owns more than fifty percent (50%) of the shares; b) acquisitions of company bonds, debentures, non-voting shares or debt instruments; c) acquisitions of a single company by a single foreign company not previously owning assets or shares in other companies within Argentina; d) acquisition of wound-up companies (which have not registered any activity within the country in the last year)*".
- ³⁷ Unless within the previous twelve months operations have been carried out which, in total, exceed this amount, or the amount of 60,000,000 pesos (approximately US\$3.75 million) in the last thirty-six months, provided in both cases that the same market is involved.
- ³⁸ In accordance with the stipulations of Resolution 190 - E/2016 issued by the Secretary of Commerce, whereby the CNDC is mandated to pursue the investigation and examination of cases which are initiated, or have already been initiated, pursuant to Law 25.156, and it determines the powers devolved to that body for this purpose.
- ³⁹ Competence is assigned by virtue of the provision of Articles 13 and 58 of Law No. 25.156; Decree No. 357 of 21 February 2002 and amendments thereto; and decree 718/2016.
- ⁴⁰ In accordance with the provisions of Article 8 of Law 25.156.
- ⁴¹ Notwithstanding the provisions of Article 8 of Law 25.156 with respect to the legal effects of acts subject to mandatory notification, the case-law of the CNDC dictates that "... a concentration operation duly notified to the Commission is subject to a resolute condition and, consequently, once the operation has been notified, the parties could conclude the operation... despite the fact that its approval is pending. However, this Commission cautions that, should approval for the operation be denied or conditions set, they must revert to the situation as it stood prior to the signature of the operation". CNDC, Consultative Opinion No. 62 of 29 August 2000. Approximately US\$62,500.
- ⁴² Prior to 2016, the average processing time for concentration cases was 3.2 years, in spite of the low difficulty level of many of the cases, as the consequence of the low thresholds set for notification. After the new drive initiated in that year, this average has been reduced to 1.9 years.
- ⁴³ Orlanski, Leonardo T: "La defensa de la competencia desde el derecho público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable". Questions of State Intervention, Austral University. 2010 sessions.
- ⁴⁴ Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O'Farrel Mairal) article dated 31 October 2014, "Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia".
- ⁴⁵ Opinion of 22 June 2006 "Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II" (S.C.C. 1216 L. XLI) and Recreativos Franco on appeal against CNDC resolution (SC, R.1172, L. XII).
- ⁴⁶ Article 24 confers upon the Enforcement Authority basic powers of investigation. These include carrying out market studies; holding hearings and taking statements; examining records and documents; and carrying out searches with court authorisation. The body is further empowered to issue opinions on competition matters; draw up its own internal regulations; bring actions before the courts; act in collaboration with competent departments in the negotiation of international agreements on competition policy; and sign consent agreements in cases.
- ⁴⁷ Del Pino, Manuel; del Rio, Santiago (Marval O'Farrel Mairal), article dated 31 October 2014, "Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia".
- ⁴⁸ See Section 3.4 Economic concentrations, "Telefónica-Telecom" in this report.
- ⁴⁹ According to Article 8 of Law No. 22.262, two commissioners of the said Commission must be lawyers and two economic science professionals with recognised knowledge of the subjects specific to the said law. They must be at least thirty years old and have four years' professional experience. Also, in accordance with Article 1 of Decree 1190/2016, the four commissioners will have the rank of Under Secretary.
- ⁵⁰ The CNDC deepens the analysis by using new information obtained through information requests and by summoning the relevant actors to hearings.
- ⁵¹ Trevisán, Pablo: "Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia", JA 2013-IV, fascicle no. 4., Ed. La Ley, Buenos Aires, 23 October 2013.
- ⁵² Historically, this type of civil action for damages prompted by violations of the competition rules have been brought more frequently in the United States, and although development has been slower in EU law, there have been numerous legislative, doctrinal and case-law related advances in this sphere. The "*Courage*" and "*Manfredi*" judgements handed down by the Court of Justice of the European Union reveal this deterrent element of claims for damages. As a consequence of the debate initiated, the European Union launched a process of reflection which concluded with the adoption of Directive 2014/104 of 26 November on certain rules governing actions for

- ¹⁶ Bonzón Rafart, Juan C: "Derecho de la competencia", ERREPAR, DPTyE, No. 23, May 2012, chap. 4. "Prohibited practices".
- ¹ Articles 4 and 5 of Law 25.156 define a dominant position and the factors that must be taken into account in order to establish its existence.
- ¹⁸ Bonzón Rafart, Juan C. "Ley de defensa de la competencia: Ámbito territorial. Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Principio de realidad económica", ERREPAR, November 2012.
- ¹⁹ These three forms, which collusive operators can adopt in order to increase their market power, are not mutually exclusive. Quite the contrary, they are frequently combined in order to achieve greater effectiveness.
- ²⁰ Malis, Ismael; Povolo, Diego; and Pereda, Jorge: "La lucha anticartel en la Argentina". Report of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).
- ²¹ Giner Parreño, César, "Distribución y Libre Competencia (el aprovisionamiento del distribuidor) Editorial Montecorvo, Madrid 1994. There has long been extensive regulation of vertical restraints under European Union (EU) regulations, through the Block Exemption Regulations, which set out the characteristics of agreements which, although restricting competition, nevertheless warrant exemption under Article 101.3 of the Treaty. The purpose or effect of any restricted distribution system is to limit competition, yet at the same time such agreements are beneficial for consumers insofar as they allow an improved offer of products in terms of quantity and quality. They thus warrant exemption provided that they do not contain certain clauses (vertical price fixing, for example). For years, a formalistic criterion prevailed in EU regulations, which changed in 1999 with the adoption of Regulation 2790/99 on Vertical Restrictions (now replaced by Regulation 330/2010), which introduced consideration of elements of economic analysis of the law, criteria gone into further depth in the current regulations. The European rules are therefore becoming more flexible in their consideration of the anti-competitive effects of vertical restraints. Furthermore, in the early years of implementation of the European competition rules, there was a large number of convictions for vertical restraints, but in recent years this picture has declined and the primary activity of the Commission with regard to competition is a focus on cartels and abuses of dominant position. This trend is explained by the fact that the aims of the European Commission are not limited to achieving a system in which competition is not affected, but the creation of a common market is also pursued, and certain forms of distribution can raise obstacles to this aim.
- ²² An example of exploitative abuse is the YPF case, and one of exclusionary abuse is the Clorox Resolution.
- ²³ This interpretation appears in Cabanellas (1983), chapter 5; and is consistent with the content of the statement of legal reasons for Law 22.262.
- ²⁴ The term "substantial influence" has been the subject of numerous debates concerning the defence of competition. Through its case-law, the CNDC has attempted to clarify the scope of the term. In the procedure leading to Consultative Opinion no. 124, it determined that "... decisive (or substantial) influence means the power to block actions that determine the competitive strategy of a business...". Years later, through Resolution 4/2009 of 9 January 2009, it determined that "... the substantial influence may eventually reach sufficient intensity to change into a "controlling" influence or an influence "of control", as control is an influence that provides dominance over the corporate will (and logically, in so doing, over corporate affairs)..."
- ²⁵ Article 3 of European Commission Regulation 1310/9729, defines operations causing a lasting change in the structure of the affected businesses as "concentrations".
- ²⁶ Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.997, volume 2, page 279.
- ²⁷ Bonzón Rafart, Juan C: "Concentraciones y fusiones", ERREPAR, August 2013.
- ²⁸ Molina Sandoval, Carlos: "El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino", 2010.
- ²⁹ As defined in Resolution 164/2001, Annex I, "Guidelines for the control of economic concentrations".
- ³⁰ Nochteff, Hugo and Soltz, Hernán "Defensa de la Competencia" Plan Fénix, FCE/UBA, February 2003.
- ³¹ Otamendi, Jorge: "El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia", Law 1999-F, 1087.
- ³² OECD and IDB: "El control de concentraciones económicas en la República Argentina".
- ³³ The procedure for the notification of economic concentration operations has been documented in more detail in the Guide for the Notification of Economic Concentration Operations (according to. Resolución No. 40/01), which supplements the Defence of Competition Act, detailing the forms to be submitted (F1, F2 and F3) and the various reporting requirements according to the complexity of the notified operation.
- ³⁴ Article 8 of Decree 89/2001, regulating Law 25.156, defines the concept of "affected companies", including in the concept both the company coming under control and the company acquiring control.

ENDNOTES

- ¹ Articles published on Globaltrade.net: "Market Analyses about Argentina", and information published on the website of the Ministry of Economy and Public Finances and the Ministry of Agro-Industry.
- ² Approximately US\$779 billion in 2018 and US\$925 billion in 2019.
- ³ International Monetary Fund: "2016 Article IV Consultation – Press release; staff report; and statement by the Executive Director for Argentina", page 43.
- ⁴ Eduardo Tambussi, Carlos: "Defensa de la competencia en la Argentina: aspectos constitucionales y vinculación con el derecho de usuarios y consumidores", ISSN 2313-1861, LEX No. 14, 2014.
- ⁵ Basterra Marcela: "La defensa de la competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25.156". Judicial Doctrine (2003-2), pages 837-844.
- ⁶ It should be noted that Laws 11.210, 12.906 and 22.262 were passed under the 1853-1860 Constitution, which contained no provisions specific to the defence of competition.
- ⁷ Constitution of Argentina, Article 43: "Any person shall file a prompt and summary proceeding regarding constitutional guarantees, provided there is no other legal remedy, against any act or omission of the public authorities or individuals which currently or imminently may damage, limit, modify or threaten rights and guarantees recognized by this Constitution, treaties or laws, with open arbitrariness or illegality. In such case, the judge may declare that the act or omission is based on an unconstitutional rule. This summary proceeding against any form of discrimination and about rights protecting the environment, competition, users and consumers, as well as about rights of general public interest, shall be filed by the damaged party, the ombudsman and the associations which foster such ends registered according to a law determining their requirements and organization forms...".
- ⁸ For a more in-depth analysis of the legislative history, see Cabanellas (1992).
- ⁹ It is an interesting fact that in the film "Gilda" by Charles Vidor (1946) the attention of Europeans was drawn to those years in which the Argentine police were pursuing one of the film's characters for promoting a global tungsten cartel. Within the International Competition Network (ICN), countries whose legislation provides for criminal sanctions for breaches of competition, with the United States of America at their head, insist that countries whose competition laws fall within sanctioning administrative law (treating infringements thereof as administrative offences) legislate to criminalise certain anticompetitive practices, cartels in particular.
- ¹⁰ In 2009, as part of a study carried out by the British Office of Fair Trading (An assessment of discretionary penalties regimes) a selective survey was conducted among companies and competition lawyers on the deterrent value of five measures (criminalisation, disqualification of directors, fines, reputational damage and compensation for damages). Companies and lawyers alike cited criminalisation as having the greatest deterrent value (it should be pointed out that when assessing the deterrent character of the other measures, the same concurrence did not arise; for example, companies assigned a only slight deterrent effect to fines, by contrast with the lawyers).
- ¹¹ In January 1999, the Spanish oil company Repsol purchased 14.99% of the shares in YPF from the Argentine Government and immediately launched a takeover bid at US\$44.79 per share for the remaining YPF shares. After allowing the YPF intervention in 2012, the Government of Argentina finally approved the compulsory acquisition of 51% of the shares in YPF, owned by Repsol (Repsol held 57.4% of the shares).
- ¹² Before being amended by Law 26.993, in 2014.
- ¹³ Ruiz Díaz Labrano, Roberto: "Globalización, el derecho del mercado y la defensa de la competencia en el MERCOSUR", pages 215-217.
- ¹⁴ Law 26.993 created the Dispute Resolution System in Consumer Interactions, as part of a package of reforms driven in 2014 by the Government of Cristina Kirchner, with the aim of exercising greater control over prices and combating the inflationary environment.
- ¹⁵ Article 8 of Law 25.156 provides that acts will only have effect between the parties or in relation to third parties once the provisions of Articles 13 and 14 have been complied with, that is to say, once the control authority has approved, laid down conditions for or denied the operation, or once the operation is deemed to have been approved tacitly. Consequently, although the mechanism established by Argentine legislation with regard to merger control involves prior notification, the said article provides that economic concentration operations meeting the requirements established therein must be notified for the purposes of examination "...in advance or within one week of the date of conclusion of the agreement, publication of the purchase or exchange offer, or acquisition of a controlling shareholding...". This means in practice that merger control in Argentina has been developed as an *ex post* system since its creation.

of Competition but also through the drafting of a report on the credit card market which has had a significant impact on economic life. It should be stressed that the promotion of competition is a highly suitable instrument for creating a culture of competition, and its intensification must be encouraged.

Eight. In tandem with, and even before, the adoption of the draft bill the Commission must be provided with sufficient economic resources to enable it to exercise its functions, without reliance on the political will of the Executive Power, and at the same time it must identify more flexible forms of hiring staff. This would give the best professionals access to the competition authority and thus heighten its prestige. It is important to provide the

authority with the requisite financial resources. In this regard, the creation of a fee for concentration control might be envisaged. This would boost the Authority's resources and enhance its economic independence.

Nine. The private enforcement of the competition rules must be facilitated, offering suitable procedures to ensure that parties damaged by the infringement of competition rules are able to claim for the damage caused, thereby constituting a further deterrent element for infringers. The regulations must provide for any conflicts as might arise in this regard, with the leniency programme, and establish mechanisms to ensure that this programme is not disincentivised by the fear of actions for damages.

But up to 2016, none of the reforms proposed by the OECD concerning institutional design had been implemented, independence had not been strengthened, the effectiveness of the fight against cartels had not been enhanced and the leniency programme had not been set up. On the contrary, instead of creating the court as a means of strengthening the independence of the system, dependence upon political power was increased by the permanent designation of the Secretary of Commerce as the Enforcement Authority.

In 2005, a draft bill was introduced creating the Tribunal and placing decisions on concentrations under its responsibility, but it was not passed into law.

However, it is important to recognise that, since 2016, significant measures have been adopted aimed at improving the Argentine competition defence system, measures which have been noted in the corresponding section but can be summarised as: a shortening of administrative deadlines and an improvement in bureaucratic systems, the appointment of new CNDC members, a restructuring of its staff and staff training, the delegation of appropriate powers to the Enforcement Authority (Secretary of Commerce) at the CNDC⁹³, and a restructuring of the latter's organisation which is resulting in the effective performance of its functions.

The efforts expended in the sphere of competition defence in Argentina, which have been analysed throughout the report, will undoubtedly lead to benefits for consumers (better prices, quality and variety of products), and in the generation of a climate of positive investment by the business community, both domestic and international.

6. CONCLUSIONS

One. The recommendations made in the peer review examination of 2006 within the OECD remain valid today. In particular, in the years since the approval of these recommendations and up to 2016, no apparent decline in political influence was evident in the enforcement of competition rules, although considerable progress has been observed in this regard since 2016.

Two. Since 2016, important initiatives have been adopted, not only in terms of the CNDC's

organisation but also its action, which have constituted steps towards strengthening the independence and effectiveness of the Competition Authority.

Three. The fact that the powers of the Secretary of Commerce, as the Enforcement Authority, have been delegated to the CNDC, concurs with the previous conclusion and demonstrates the will to strengthen the Argentine competition defence system, consistent with the basic lines of international best practice.

Four. The introduction of a draft competition defence bill is also the outward expression of a commitment in line with the recommendations made in 2006. With total respect for the sovereignty incarnated in the Legislative Power of the Argentine Republic, votes must be held for the rapid adoption of the draft bill, which will mean that the Argentine competition defence system will have an advanced law in line with international best practice.

Five. The content of the draft bill introduced addresses all the concerns raised on numerous occasions and expressed in 2006, such as increasing the thresholds for the notification of concentration operations, regulating the suspensive effects of notification, reducing the time periods for the processing of cases, implementing a leniency programme and the creation of the Tribunal for the Defence of Competition. At the same time, the system chosen for the appointment of its members and their security of tenure for their full terms of office are suitable measures for strengthening its independence in the face of political influence and economic interests.

Six. Until the new law is adopted, it is to be recommended that the efforts made to shorten case processing times, in cases of both anti-competitive behaviour and concentration control should be continued. In this connection, the time period stipulated in the law should be regarded as preclusive and not simply regulatory, as is the case at present, so that once these periods have expired without duly justified interruption, the case will lapse.

Seven. As of 2016, in agreement with the Secretary of Commerce, the new Commission has carried out important work on the promotion of competition, not only through the creation of the Directorate

on the claim can reduce it or grant exemption to a party to whom leniency has been granted. With the exception of their liability in respect of their purchasers or direct or indirect customers, or in the event that reparation of damage by the other participants in the behaviour has not been possible.

Moreover, if the actions proposed in the regulation contained in this chapter are initiated once a final decision has been issued by the Tribunal for the Defence of Competition, it will be classed as *res judicata*. Clearly, as confirmed after the establishment of various statutes of limitation, it is intended to allow monitoring actions (those initiated once a final decision has been issued by the Tribunal for the Defence of Competition) and independent actions (those not requiring a prior firm Tribunal decision).

Chapter XI of the draft bill proposes to regulate, in a system not substantially different from the system currently in force, appeals against the resolutions of the Tribunal of the Defence of Competition, although the great innovation lies in the provisions of Chapter XII, proposing the creation of a specialist Court (the National Court of Appeal for Competition Defence) to hear the various actions anticipated against the decisions and resolutions of the Tribunal for the Defence of Competition. The fact that judicial review is based in a specialist Court will enhance the quality of the judicial resolutions revising the decisions and resolutions of the National Competition Authority.

In Chapter XII of the draft bill, statutes of limitation are proposed, of five years for the prosecution of the prohibited behaviours. With regard to claims for damages, different time periods are set for independent actions; these are three years as of the discontinuation of the infringement or as of the injured party becoming aware of it, with reference to monitoring actions, which is set at two years as of the signature of the sanctioning resolution.

The draft bill devotes Chapter XIV to the Competition Promotion System, creating the Competition Promotion Fund to be administered by the Under Secretariat for the Promotion of Competition.

Finally, Chapter XV of the draft bill is devoted to Transitional and Supplementary Arrangements.

5. CURRENT SITUATION

In the peer review analysis carried out within the OECD in 2006, certain proposals were made for the improvement of the Argentine competition defence system, among them:

- To create the Tribunal for the Defence of Competition. The creation of an independent organisation would make it possible to remove decisions concerning the defence of competition from the sphere of political power.
- To increase the budget of the competition authority.
- To strengthen the roll-out of anti-cartel activity. To this end, fine amounts should be increased, strengthening their deterrent effect, and those responsible should be sanctioned. At the same time, a leniency programme should be introduced.
- Enhancing the efficiency of investigations into anti-competitive behaviours. To this end, a more transparent procedure should be established, accompanied by an increase in the thresholds for the notification of concentrations.
- To review the current notification arrangements which allow the parties to complete their merger before the competition authority completes its examination.
- To release the CNDC from as much political pressure as possible, until such time as the Tribunal is created.
- To continue and broaden the effects in order to build a culture of free competition in Argentina.
- To maintain effective and professional relationships with judges hearing appeals in competition-related cases.
- To broaden the functions of the competition authority in regulated sectors.

Analysis of the actions implemented as of the approval of that report should lead to frankly disheartening conclusions if it were not for the introduction, in 2016, of the above-mentioned draft bill and also the significant changes made in that same year through the appointment of a new President of the CNDC, some new commissioners and a new team, as they have not only developed the basis for the new draft bill currently under consideration but also adopted measures to enhance the effectiveness of the CNDC's actions.

With regard to the sanctions provided for in the legislation currently in force, there is no possibility of adopting structural measures, even leading to the winding-up of the company. Insofar as this constitutes an extraordinarily harsh measure, it is rarely applied.

The criteria provided for in the draft Article 58 for calculating the fine are regarded as suitable as they introduce a subjective element when prosecuting the anti-competitive behaviour, largely mitigating the rigidity entailed by the strict application of the criteria of the draft Article 57.

Chapter IX regulates the leniency programme, which constitutes a highly significant innovation in Argentine legislation. In fact, the introduction of the leniency programme constitutes a major innovation which is to be welcomed as its absence would leave a deficiency in the legislation, which made it impossible or at least difficult, to prosecute cartels. In this connection, it should be noted that the summary conclusions approved by the OECD in October 2006 proposed the introduction of a leniency programme as a means of strengthening anti-cartel activity, a recommendation based on the finding that, as mentioned above, the prosecution of cartels by the Argentine competition authority had been limited.⁹¹

The draft proposal incorporates the most successful experiences of countries in which a leniency programme has been applied, although, departing from traditional models, it does not limit the application of the programme to cartels, but rather to any infringing behaviour based on concertation.⁹² The programme guidelines include the possibility of a full or partial forgiveness of the fine.

For the concession to be granted, the following is required:

- The applicant must be the first to provide information and evidence of collusive behaviour, even though the Court may have initiated an investigation but is not in possession of sufficient evidence at the time of the application
- There must be an immediate discontinuation of the behaviour unless, in order to facilitate the investigation, the Court authorises its continuation
- Full cooperation with the investigation

- No evidence must be destroyed
- The application for exemption must not be disclosed.

Furthermore, any party meeting the above-mentioned requirements, apart from being the first to provide information and evidence and provided that they have furnished the investigation with additional elements not already in its possession, will be entitled to a reduction of between 80% and 20% of the amount of the sanction. Between these figures, the reduction will be graduated in the light of the circumstances of submission of the application.

In addition, a situation of great interest is introduced. During an investigation, when one of the participants in the anti-competitive behaviour under investigation informs the authority of the existence of a second anti-competitive behaviour, irrespective of their entitlement to exemption for this, a reduction will be applied of one third of the amount of the fine for participation in the first anti-competitive behaviour.

Finally, it should be pointed out that, unlike the provisions in any of the preliminary drafts, there is no obstacle to granting the benefits of leniency to those who have promoted or led the anti-competitive behaviour.

As a new feature compared with the legislation currently in force, Chapter X of the draft bill includes regulation of the damages actions for infringements of competition rules.

Pursuant to the stipulations of the draft provisions included in this chapter, those who suffer damage as the result of anti-competitive behaviours will be entitled to claim compensation for this damage in the civil and commercial courts. Undoubtedly, the deterrent effects of other measures provided in law can be strengthened by the existence of a procedure whereby the perpetrators of behaviours contrary to free competition are not only exposed to the fines and other sanctions provided for, but are also obliged to provide compensation for the damage caused to those affected by such behaviours.

Since the existence of claims for damages might constitute a disincentive to the leniency programme, the draft bill proposes measures to avoid this effect, in that the court required to rule

has a soundly based idea of the possible decision of the Authority, thereby maintaining the anti-competitive behaviours for a longer period of time and, as indicated above, when the bulk of the public resources has already been used, thus limiting the saving. An earlier point in time should therefore be stipulated for the proposal of undertakings which would bring an end to the impediments to competition. Similarly, undertakings could be deemed inadmissible in the most serious cases of infringement of the competition rules, that is to say, those involving hard core cartels which should in any event be subject to sanction, with the corresponding deterrent effects.

Chapter VIII of the draft bill is devoted to the regulation of sanctions. The draft bill significantly increases the amount of the sanctions provided for in the current legislation. To this end, the draft bill takes account of the recommendations on increased fines, in particular due to their deterrent effects. The amount of the fines (both for instances of anti-competitive behaviours and where an economic concentration contrary to free competition has been carried out without notification) must meet two basic criteria: they must be proportional and must have a deterrent effect. An analysis must be made of the extent to which the draft bill fulfils these criteria.

The draft Article 57 establishes three criteria for the determination of the fine:

- a) Up to 30% of the business volume associated with the product or service involved in the illegal act committed during the last financial year, multiplied by the number of years of duration of the offence (affected market criterion)
- b) Up to 30% of the consolidated business volume during the last financial year for the economic group to which the infringers belong
- c) Two times the illicit profits obtained for the illegal act.

Where it is possible to calculate the figure on the basis of two or more of these criteria, the highest amount will be applied. Otherwise, the amount of the fine can be up to 200 million Mobile Units.

Unquestionably, the mechanisms and calculations established in the draft bill provide for a deterrent

effect although one cannot say, perhaps, that the criterion of proportionality is met.

First, the criterion whereby, of the three elements envisaged, the greatest fine amount must be imposed precludes the existence of a maximum limit relating to the turnover of the company or group in question. Unlike the practice in other jurisdictions, which establish a maximum fine amount in relation to the turnover of the group of company involved, no such limit exists. The purpose of this limit is to prevent the fine amount from rendering the continued operation of the company unviable. Usually, this amount is set at 10% of the business volume of the group involved. Conversely, in the draft bill this percentage is set at 30% (according to the second of the aforementioned criteria) and even higher, taking account of the established set of criteria whereby the fine amount will, where possible, be the highest obtained through the application of the greatest of the three criteria. The possibility exists, for example, that the calculation obtained on the basis of the first criterion might significantly exceed the amount of 30% of the turnover of the company or group, and this fine amount would foreseeably render the continued operation of the company unviable. In this event, one might conclude that, by removing an operator from a given market, competition in that market is impeded. But while it is true that this limit refers to business volume within Argentina, in the case of Argentine companies with no international presence a fine of this magnitude, although undoubtedly of deterrent value, could cause the collapse of the company.

Furthermore, other measures largely designed as sanctions in the draft bill accentuate the deterrent effect. First, the possible exclusion of the executives involved from the National Register of State Suppliers, which means that the company affected will be ineligible for State contracts, with the considerable consequences this can entail.

The second measure that accentuates the deterrent effect of the envisaged sanctions is the inclusion of an executive of a company engaging in anticompetitive behaviour as one of the convicted parties (in addition, with the appropriate criterion that the amount of the sanction cannot be paid by the company) and, in particular, the disqualification envisaged for such executives.

34, concerning the possibilities of participating as a party to economic concentration control procedures “representing the general interest”. And these doubts arise where there is any fear that the proposed Under Secretariat might be used as an instrument to exert pressure on the Authority regarding the opinions of the Executive Power in certain corporate operations, which may consist in encouraging or alternatively preventing certain corporate operations for reasons other than competition-related reasons.

Furthermore, some functions have been attributed to the Under Secretariat (Article 34 g) for the issuance of reports (although certainly at the request of the National Competition Authority) on pro-competitive measures in various sectors. These functions might be deemed to fall within the remit of the National Competition Authority itself, through the creation of the Directorate for the Promotion or Advocacy of Competition, although, in accordance with the provisions of Article 28, this is a power reserved for the Tribunal and therefore the creation of this Directorate or the attribution of the function to any other department will fall under the competence of the Authority itself. In any event, the reforms introduced in 2016 tend towards strengthening the work of competition promotion through the creation of a specific Directorate. The recipient of these studies and recommendations would be the Executive Power itself, and the fact that they were carried out by an independent organisation, removed from the Government itself, would doubtless enhance the prestige of its content as there would be no suspicion of its contamination due to governmental interests.

Chapter VI of the draft bill is devoted to the organisation’s budget, which must be prepared annually by the National Competition Authority and forwarded to the Executive Power. The possible existence of its own resources should be provided for, such as Fees for the study of concentration operations.

Chapter VII of the draft bill regulates the procedure through planned provisions which, although in principle concerning behaviour-related procedures as well as economic concentration procedures, their content refers in particular to the former, that is to say, to sanction proceedings for behaviour contrary to free competition. In our opinion, the procedure provided for in this chapter

is appropriately balanced between the duties of transparency, the provision of resources to the Authority to enable inquiries into behaviours contrary to the law and the parties’ rights of defence. The fact that interested third parties are able to participate in the procedure allows the Tribunal to consider the possibility of hearing facts and arguments that were not considered earlier in the investigation.

Furthermore, the possibility (draft Article 47) of an agreed settlement is provided for in that, prior to the Tribunal’s decision, the alleged perpetrator can offer to discontinue the anti-competitive behaviour; and if the proposal is accepted by the Court and the undertaking is seen to have been fulfilled over a reasonable period of time, no further action will be taken. This is an appropriate system for terminating proceedings with an attendant saving of public resources, because the key objective is achieved in this way: bringing the infringement to an end, and with no need for a sanction.

Given that fact that acceptance of this agreed settlement is reserved for the Tribunal, it can be regarded as appropriate, although reflection is needed. The option to propose undertakings comes at an advanced stage, as it can take place right up to the issuance of the resolution, that is to say, when the entire procedure has been worked through. However, inasmuch as the aim of the settled agreement is to bring an end, without the need for a sanction, to the impediments to competition and to achieve a saving in public resources, it must be said that this latter aim is achieved only to a limited extent as the case can be settled when virtually all of those resources have been expended (that is to say, immediately prior to the resolution).

In this respect, it might be beneficial to stipulate an earlier period for the agreed settlement proposal, for example before the conclusion of the investigation, even though the Authority would in any event have powers to reject the agreed settlement proposal if it is submitted late. The system provided for in the draft bill, which does not differ substantially from the current system, may give rise to a situation in which the alleged perpetrator of the anti-competitive behaviours delays the proposal to discontinue them until the last minute, that is to say, until it

draw up a list for each post; this will be published and subject to a period of public scrutiny. During this period of public scrutiny, citizens, non-governmental organisation, professional colleges and associations and consumer and user protection organisations, as well as academic and human rights entities, will be able to submit observations on the make-up of the respective lists. After this period, the National Executive Power, through a reasoned decision, will appoint the members of the National Competition Authority.

As can be seen, the chosen system is transparent and contains elements which preclude the possibility of arbitrary appointments and the appointment of members deemed to be accommodating to political power.

With regard to independence, the system is strengthened by the fact that the various members of the National Competition Authority are chosen for a term of five years, during which they can only be dismissed for circumstances specified in the law and, even so, a system has been established (for special situations such as negligence, permanent incapacity or poor performance of duties, among other specified reasons) in which an enhanced majority (two thirds) of jury members is required for early dismissal, which is appropriate in that it prevents unjustified dismissals which might limit independence.

There can be no doubt that security of tenure of the appointees constitutes the main element strengthening the independence of the "independent authorities", such as the planned National Competition Authority. If it is possible for the Executive Power to dismiss a member of a supposedly independent authority (as happens in the current legislation with the President of the CNDC), then independence can become nothing more than an illusion. For this reason, the system stipulated in the draft bill is deemed to contain all the requirements necessary to ensure the independence of members of the Authority.

As indicated above, the Court for the Defence of Competition is formed by the President (who will also be President of the Authority) and four members. Its members must include two lawyers and two economists. In addition to the administration inherent in the running of an organisation, its functions relate to the case

resolution phase, both in cases of anti-competitive behaviour and concentration control. In addition, it is responsible for the issuance of reports and studies specific to the promotion or advocacy of competition, in this case sharing its powers with the Under Secretariat for the Promotion of Competition, incorporated in the Executive Power, as will be shown below.

The Secretariat for the Investigation of Anti-competitive Behaviours will be the investigatory body tasked with processing cases of infringements of the law, and with proposing to the Tribunal for the Defence of Competition the charges and, where applicable, sanctions to be imposed on the alleged infringers of the law.

For its part, the Secretariat of Economic Concentrations will investigate and process all cases relating to corporate concentration control operations and it is responsible for settling cases of concentrations which are subject to the summary procedure. Other concentrations will be settled by the Tribunal for the Defence of Competition, although the Secretariat of Concentrations will be able to voice an opinion on any approval, subordination or denial of approval. In any event, although the jurisdiction of the Tribunal is clear under the provisions of the draft Article 14, it should be noted that the approval or denial of concentrations does not appear on the list of the functions and powers of the Tribunal (Article 28), although we are informed that this point is expected to be amended in the course of the parliamentary process.

Both Secretariats will possess investigative powers and authority for dealing with their corresponding cases.

Chapter V is devoted to the Under Secretariat for the Promotion of Competition. This Under Secretariat is established as the body of the Executive Power for participation in the tasks of promoting and enforcing the competition regulations. It may be asserted that a large proportion of the powers attributed to it in the draft bill are justified insofar as it constitutes a subsidiary body of the National Competition Authority, and, in large part, it is intended to contribute to the enforcement of the competition regulations. There may be more doubt regarding the power provided for in section c) of the planned Article

is not established, there might be incentives to proceed with notification of the operation (the tasks for which would involve a similar workload) than if a deadline was stipulated.

It is also to be commended that the draft bill incorporates the EOCB recommendations regarding the different processing of concentrations lacking the potential to limit competition, compared with those which do have this potential, providing for a procedure pending regulatory development, in two phases. The first, or initial, phase undertaken for all concentrations will be of forty-five days' duration. The second phase will only take place if, in the course of the first phase, circumstances are detected which have the potential to limit or impede competition (draft Article 14), and will be of 120 days' duration.⁸⁹ In addition, a summary procedure is envisaged for concentration operations with a lower likelihood of being prohibited. With these time periods, which are short and reasonable, it is possible to avoid the reticence felt by the business community due to the fact that the concentration cannot be completed until the Authority issues its decision. In any event, these time periods must be stipulated as being preclusive, that is to say, they can only be interrupted for sufficiently justified reasons.⁹⁰

Unquestionably, this procedure will have to be subject to the issuance of regulations, but it would be appropriate to establish a system which allows the intervention of third parties, be they suppliers, competitors, customers or consumers.

In any event, the stipulated time periods are regarded as prudent, and it should be positively emphasised that the intention is to reduce to fifteen days the time period available to the sector regulator to issue its report on a concentration affecting a regulated sector, maintaining the reduction introduced by Decree 396/2001 in 2001.

Finally, provision should be made for the introduction of a Fee for concentrations, which would be paid by the notifying parties and would support the organisation's budget, following the model existing in a large number of jurisdictions.

Entitled "Enforcement Authority", Chapter IV contains the most significant innovations of the draft bill, insofar as it provides an institutional framework for the enforcement of the law which differs substantially from the one currently in place.

The proposed institutional system consists of the creation of the National Competition Authority which will replace the previously existing bodies: The National Commission for the Defence of Competition and the Enforcement Authority (the never-created Tribunal for the Defence of Competition).

As a preliminary to analysis of the proposed new authority, it goes without saying that the system opted for combines all the requirements necessary to create a prestigious competition authority, and one removed from political influence for which the previous system was often criticised. The configuration of the new organisation and the transparency in the appointment of its members, in particular their security of tenure for their entire terms of office, strengthen a system which is able to make its decisions without interference from political pressures or those exerted by the affected sectors.

As we have said, the draft bill provides for the creation of a National Competition Authority which will be formed by the Tribunal for the Defence of Competition, as the collegiate decision-making body, and two single-person bodies: the Secretariat for the Investigation of Anti-Competitive Behaviours and the Secretariat of Economic Concentrations, tasked with investigating the cases falling within their respective spheres of competence.

The Tribunal for the Defence of Competition is a collegiate body, as mentioned above, and will be made up of a President and four members. Also, as indicated above, the two Secretariats are designed to be single-person bodies and they will be headed by a person who must meet the required criteria and who will be appointed by a public process based on the candidate's experience, in accordance with the procedure laid down in the draft bill. Consideration should be given to the creation of a Secretariat for the Promotion of Competition, by way of a message regarding the importance which should be attached to this function.

For the selection of members of the Authority, that is to say, the President and members of the Tribunal for the Defence of Competition and the heads of the two Secretariats, a procedure is provided for whereby they are appointed after a public competition before an *ad hoc* jury which will

delimitation is not changed with respect to the current legislation, in that reference is still made to the national market “or in one or more parts of the world”. Advantage should be taken of the reform of the provision, perhaps, to clarify the geographical dimension of the relevant market. As mentioned above, according to the law the dominant position must refer to the “national market or to one or more parts of the world”. It is possible that a dominant position arises in markets which are more restricted than the national market, since the geographical delimitation of the relevant market involves determining the territory in which competition conditions are homogeneous. In this event, there are relevant markets that are more restricted than the national market and although it is clear that a part of the Argentine market would be included in the concept of “a part of the world”, clarification to the effect that dominant positions exist in a geographical part of Argentina might prove beneficial, for example by adding the wording “or a significant part thereof” after the term “national market”.

Furthermore, the current regulation is maintained in that it regards any entity not subject to “substantial competition” as holding a dominant position. In fact, as overwhelmingly accepted by the doctrine and practice of various jurisdictions, a dominant operator is characterised by the fact that it can act “with independence of judgement”, that is to say, without fear of the reactions of its competitors, suppliers or customers. The concept could perhaps be improved if, as proposed in some of the intended draft texts, the term “effective competition” were to replace the current “substantial competition”.

Chapter III is devoted to concentrations and mergers. Prior to making any comment, it might be appropriate to point out that the conclusions reached in the peer review report prepared within the OECD in 2006 pointed out some of the weaknesses of the Argentine concentration control system, suggesting that the following is required:

- a) Increased efficiency in merger control. With measures such as:
 - i) Increased thresholds for notification
 - ii) Shorter time for approving simple mergers

- iii) Continued opposition to the right of third parties to appeal decisions relating to mergers.

- b) A review of the current notification arrangements which allow the parties to carry out the merger before the competition Enforcement Authority completes its examination.

The draft proposals deal with these points. First, a system is established to increase the threshold for the obligation to notify concentrations, making reference to a unit of account called the Mobile Unit; concentration operations must be notified if they exceed 150 million Mobile Units within Argentina. This is designed to prevent the establishment of a figure in the national currency which could become obsolete if, as has happened in the past, Argentina experiences highly inflationary periods.⁸⁸ Considering that this provision, if confirmed and approved in the terms proposed, would mean that only corporate concentration operations of a business volume of 2,250 million pesos would be required to be notified, the planned reform is regarded as ideal for addressing the aforementioned observations made by the OECD in 2006. These entailed devoting efforts to the analysis of operations whose size makes them potentially liable to alter competition conditions and avoiding the deployment of public means and resources on cases with little or no impact on market conditions and competition.

Moreover, sections f) to i), both inclusive, of the draft Article 9 envisage a new method of business volume calculation which takes into account the turnover of the company taking control and not only that of the company subject to the change of control, which is extremely appropriate in that market power must be measured for the group of companies resulting from the operation, and not only for the affected company.

Also, it should be noted that it is a positive step (Article 10) that a consultation procedure is established, in which the Tribunal for the Defence of Competition is consulted as to whether an obligation to notify exists. However, the procedure (which must be established by the Tribunal itself) must be a summary procedure with a stipulated period for responding, as it is to be anticipated that the Tribunal, in order to issue an opinion, will require knowledge of the same information as is required for the notification. If a short time period

Finally, we note that, in accordance with current legislation and Argentine legislative tradition, the concept requiring that the behaviours entail “harm to the general economic interest” is maintained. Of course, it is undeniable that behaviours contrary to free competition, by their very nature, cause such harm to the general economic interest, although some can create efficiencies which prohibition impedes, in that these efficiencies compensate for and limit the damage caused to the general economic interest. It could be interpreted in any event, however, that the “harm to the general economic interest” requirement might constitute yet another requirement which has to be proven in every individual case, when it is more appropriate to reverse the burden of proof: that is to say, behaviours contrary to competition cause this harm to the general economic interest and where this is not the case, or where the behaviours produce efficiencies which compensate for the damage caused, it must be for the perpetrator to demonstrate the existence of any such compensation. To a certain extent, this relates to *per se* prohibitions, basically “hard core” cartels (price agreements, market sharing, limitation of production, *bid rigging* etc.) where the view can be taken that the presumption of damage to the general economic interest admits of no evidence to the contrary.

The draft articles 2 and 3 list a series of competition-restricting practices, in the former “absolutely restrictive of competition” and perpetrated by competitors and, in the latter, removing the adverb “absolutely” and without the requirement of being behaviours, as applicable, agreed between competitors. In large part they constitute a list of *per se* prohibitions (Article 2), the remainder subject to the “*rule of reason*” (Article 3). The draft constitutes a substantial improvement over current legislation, insofar as it distinguishes between the two types of behaviours, the first being particularly serious, and encouraging an appropriate interpretation. As indicated above, the behaviours included in the four sections of Article 2 correspond to hard core cartels, and it is appropriately provided that harm to the general economic interest is presumed in these circumstances.

Furthermore, elsewhere in the draft bill, specifically in Article 29, there is a proposal that makes provision for the possible distortion created by constant appeal to the “general economic interest”,

inasmuch as it authorises the Tribunal for the Defence of Competition to regulate permits for the implementation of contracts, agreements or arrangements “which envisage behaviours included in Article 2 of the law”, but which, in the opinion of the Tribunal, do not constitute harm for the general economic interest. The opinion is currently being advanced that this draft provision may prove distorting while at the same time undermining the categorisation of the behaviours included in the draft Article 2 as *per se* infringements. In principle, it cannot be understood that the behaviours described in that article - which, as set out above, essentially involve hard core cartels - could fail to affect the general economic interest, as it is not easy to foresee circumstances in which a price agreement between competitors, or a limitation of production, or market sharing or a rigged bid in public contracts could do anything other than affect the general economic interest or constitute an infringement of competition rules.

Something else might occur with the behaviours envisaged in the draft Article 3. In certain circumstances they may not affect the general interest, or might at least create efficiencies which compensate for distortions to competition, from the viewpoint of the general interest. It could therefore be suggested that the reference to Article 2 contained in the draft Article 29 be removed or, in any event, that it be replaced by a reference to Article 3 since, we repeat, some of these behaviours may create efficiencies which compensate for the damage to the general interest and, for the purposes of legal certainty, it would prove a positive move, following the European Block Exemptions Regulations model, to regulate those cases in which agreements can be excluded from the prohibition if they feature certain circumstances. Any such exclusion would, however, would only be granted in the situations listed in Article 3 and, on an exceptional basis if desired, those in Article 2.

In conjunction, another suggestion could also be made concerning both draft provisions contained in Article 2 and 3, to the effect that it might be advantageous to add that the list is not exhaustive, but simply illustrative, for example by adding the initial wording “among others”.

The draft Articles 5 and 6 of Chapter II appropriately regulate the determination of dominant position in a relevant market, although the geographical

In September 2016, Congress was presented with the draft bill to reform the Competition Defence Act, agreed on the basis of drafts from the President of the UCR Block of National Deputies and the Mario Negri-led Cambiemos coalition, and also the Civic Coalition founded by Elisa Carrió, which resulted in an adaptation to international best practices. The said reform was again revised, incorporating the new suggestions. It is expected to be dealt with in Congress in 2017 - where it will undergo the amendments which might arise from the parliamentary debate - because, as we have stressed, "It is one of the basic pillars of the Government's action."

In the words of the Deputy Mario Negri: "The aim of this law is to protect the well-being of consumers and the effective functioning of the market so as to prevent cartel behaviours and abuses of dominant position".

The draft Competition Defence Act which is currently going through Parliament has ninety-one articles grouped into fifteen chapters, the last of which is devoted to transitional and supplementary arrangements.

The contents are as follows:

- Chapter I: Prohibited agreements and practices
- Chapter II: Dominant position
- Chapter III: Concentrations and mergers
- Chapter IV: Enforcement Authority
- Chapter V: Under Secretariat for the Promotion of Competition
- Chapter VI: Budget
- Chapter VII: Procedure
- Chapter VIII: Sanctions
- Chapter IX: Leniency Programme
- Chapter X: Damages actions
- Chapter XI: Appeals
- Chapter XII: National Court of Appeal for the Defence of Competition
- Chapter XIII: Statute of limitations
- Chapter XIV: Competition promotion system
- Chapter XV: Transitional and supplementary arrangements.

Chapter I is devoted to setting out prohibited agreements and practices, while Chapter II, entitled "Dominant position", lays down the criteria on the basis of which one or more operators can be categorised as holding a dominant position, although it should be pointed out that behaviours consisting of abuse of dominant position are regulated in Chapter I, the provisions of Chapter II being used solely to determine the circumstances in which an operator holds a dominant position in a given market.

Some observations and suggestions can be made with regard to the content of this chapter.

First, as in the majority of competition legislations, it would perhaps be appropriate to separate the two basic competition infringing behaviours: collusive agreements or pacts and abuses of dominant position, as this would make clear the existence of anti-competitive behaviours forming the subject of consensus (bilateral or multilateral behaviours) together with others which are unilateral behaviours, essentially abuses of dominant position.⁸⁶ One possible disadvantage of the system opted for in the draft bill is that it could raise doubts as to whether the behaviours listed in Articles 2 and 3 can be engaged in not only as the result of agreement or unilaterally by a party holding a dominant position, but by any operator, even one lacking a dominant position.

Second, although there is no doubt that the wording of Article 1 of the draft bill includes vertical agreements (acts or behaviour manifested in any way) the fact that the frontispiece of the draft provision mentions agreements "between competitors" could give rise to doubts as to interpretation, in particular in relation to whether horizontal agreements alone are prohibited. As mentioned above, the predominant trend in Argentina is not to prosecute vertical restraints if they are not accompanied by attempted monopolisation. This question should be clarified in the provision in order to remove any doubt as to whether or not vertical restraints should be included in the prohibition.

Third, the prohibition must include the acts of collective legal entities such as business associations, intellectual property rights entities or professional bodies which, although they appear unilateral, are in fact multilateral in that they are entities that bring together multiple competitors.⁸⁷

Through Resolution 190/2016, the functions of the Secretary of Commerce were delegated to the CNDC, assigning competence to the latter for the investigation of cases and the conduct of studies, at its own initiative and at the behest of the Secretary of Commerce. Also, authority was delegated to the CNDC to prepare non-binding reports for resolutions, in terms both of anti-competitive behaviours and the control of concentrations.

The primary goal of these measures was to re-orientate competition matters away from political pressures, and at the same time to prepare the institutions for the legal change that was required if the recommendations made in 2006 on the occasion of the *peer review* conducted within the OECD were to come into effect.

At the same time, a restructuring of CNDC staff was carried out, in pursuit of professionalization. To this end, many work posts deemed to be superfluous or unnecessary were reduced, which allowed new specialists to be hired and an appropriate resizing of the structure of the body⁸⁴, and including the development of staff training activities.⁸⁵ Increased activity within the organisation should also be noted, demonstrated by the fact that the number of opinions issued in 2016 has tripled. In 2016 a total of 246 opinions were issued, representing 3.2 times the average for opinions issued in the previous nine years. Furthermore, the average time taken over analysis of merger and acquisition cases in 2015 was 3.2 years, a figure reduced to 1.8 years by the end of 2016.

These new initiatives have been accompanied by the CNDC's active presence at international competition forums: International Competition Network, International Bar Association, UNCTAD, OECD etc. in which the improvements adopted are assessed.

Similarly, the new projects planned at the Commission include approval of various competition-related Guidelines, which will be enormously enlightening in transmitting information to all actors concerning the criteria for implementing the rules.

In combination with the foregoing, we should highlight the momentum in the sphere of competition advocacy, as indicated above in highlighting the organisational changes. In this regard, we should bear in mind the resolution in

the case of credit cards, which is dealt with below, which constitutes an important contribution on the part of the unit, and the conduct of numerous market studies, among them inputs for widespread use (steel, petrochemicals and aluminium); basic household consumer goods (milk, meat, edible oil and laundry soap), the retail sale markets (supermarkets) and other markets such as transport and medicines.

For its part, on 27 September 2016, the Government presented the Unión Industrial Argentina (UIA) with details of the National Production Plan, which were designed to increase competitiveness, generate increased infrastructures, ensure openness to the world and create more high-quality jobs, among other goals. Thus, one of the eight pillars of the National Production Plan, coordinated to drive growth in the economy, was the defence of competition and market transparency, the main objective of which is "to promote the entry of new companies, reduce input costs, to encourage investment and the protection of consumer rights".

As a result, it was deemed necessary to pass a new law, consistent with present times, as has already been done in the OECD countries and Brazil, Colombia and Peru, among those in the region, which have made significant progress in the last decade.

As the reason for the review of competition policy in Argentina in 2006, conducted by the OECD, certain improvements were identified which should have been implemented by Argentina and which should really have been accomplished ten years on. The most advanced countries in the world already have these tools and it is for this reason that the said report advocated, even with some delay, that Argentina take forward a draft LDC which incorporates the succession of advances made in this sphere over the last decade, in line with the recommendations of the international body.

The legislative process started with the preparation, by the CNDC, of a draft reform which was completed in August 2016 and incorporated consultations with specialists and within Government. This draft bill was later put to public consultation, and opinions and suggestions were invited from specialists and various institutions such as IBA, the World Bank and OECD, among others.

the Commission interprets these practices as the presumed abuse of dominant position on the part of PRISMA which warrants investigation.

As a consequence of the foregoing, the CNDC concludes that the following recommendations be made:

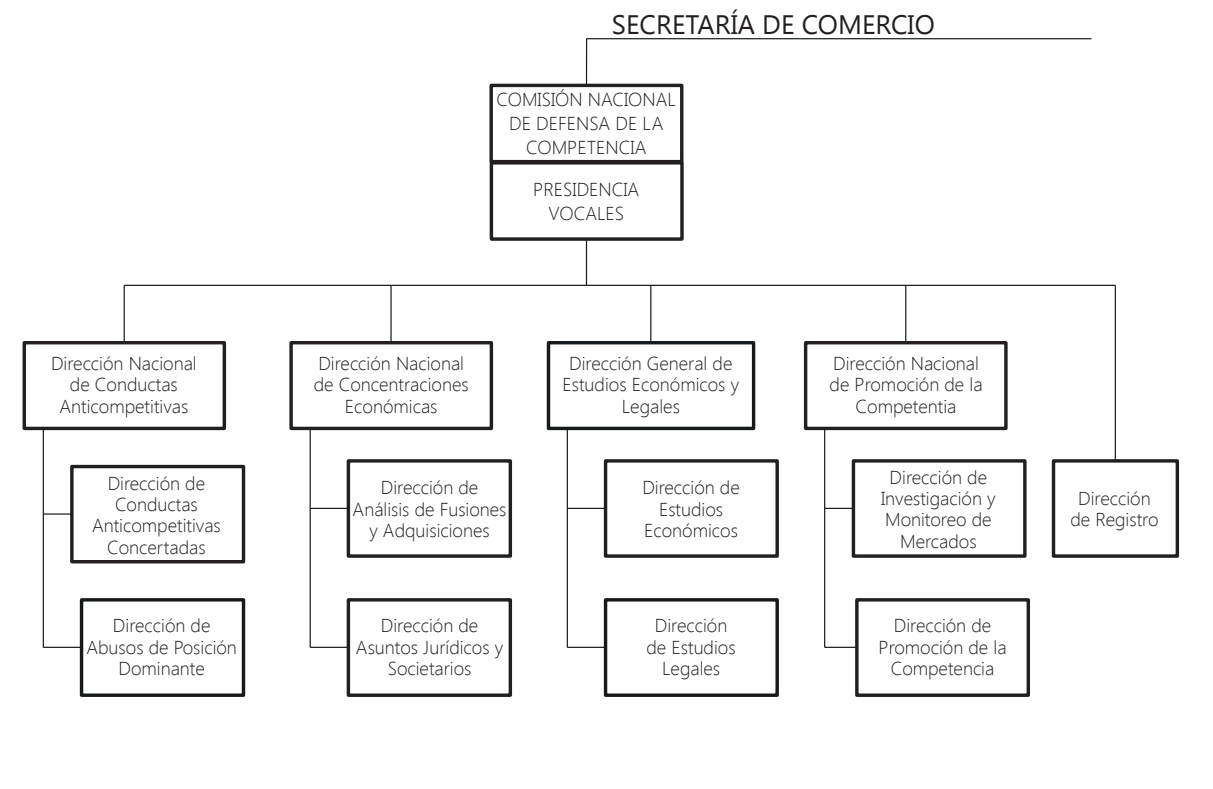
- That the BCRA perform a comprehensive review of the regulation of electronic means of payment, with particular emphasis on the implementation of policies that promote competition, including among others: minimising the barriers to entry into the markets, broadening access to licences, encouraging transparency in consumer finance etc.
- That the Secretary of Commerce initiate an ex officio investigation against PRISMA and its shareholders, for alleged anti-competitive practices.

The Secretary of Commerce authorised the ex officio opening of a case on the grounds of anti-competitive behaviours which is currently ongoing, but which has already had effects in that the banks are ready to sell PRISMA to a third party and at the same time accept the regulation of exchange rates.

4. NEW BOOST FOR COMPETITION POLICY (DRAFT AMENDMENTS OF THE COMPETITION DEFENCE ACT)

The constitution of a new Government after the 2015 elections gave a considerable boost to competition policy, which was regarded as a pillar of the government’s new action. To this end, measures have been taken to enhance the functions of the bodies tasked with implementing it, the CDNC and the Enforcement Authority in particular.

With this aim in mind, on 16 January 2016 a new President of the CNDC was appointed and, in the months that followed, new commissioners were appointed to the Commission. Furthermore, through Decree 718/2016 the Secretary of Commerce, under the auspices of the Ministry of Production, was designated as the Enforcement Authority, which had not happened since the Law established in 2014 that the Tribunal would not be created and that the Government would designate the Enforcement Authority. Resolution 614-E/2016 created a new and more effective structure for the CNDC.



0.01% of AESABA SA. The approval was issued in line with the assessment of the CNDC Opinion which was incorporated into the Resolution. The said Resolution provided for the inclusion in the case file of a number of previous related operations, the aggregation of which had been recommended by the CNDC.

The CNDC Opinion stressed the great complexity involved in processing the administrative case, due to the existence of multiple related operations simultaneously pending processing by the CNDC, many of them the subject of appeals in the courts. The aggregation of the various cases was therefore recommended.

Furthermore, in its Opinion the CNDC gave a summary of the electricity market, highlighting the role of its four constituent submarkets: generation, transmission, distribution and trading. With regard to the geographical dimension of the relevant markets, in the generation market the territory of the Republic was divided into eight zones, according to the location of the electricity generation power stations. The operation affected the generation and distribution markets. It also had an impact on the gas trading market, which was geographically national in dimension.

After analysing the effects of the operation on the market, deeming the increase in market share resulting from the operation in the various markets analysed not to be significant (since, except in the distribution market in which the group created by the concentration would achieve a share of 26.38%, the resultant shares in the remaining markets analysed did not exceed 7%), the CNDC concluded that the concentration analysed did not raise any concern in terms of competition defence and it therefore recommended that the Enforcement Authority approve the operation without conditions.

3.5 Promotion of competition

In April 2016, as a clear signal of a fresh impetus intended for competition policy, the CNDC announced a firm commitment to the task of competition promotion as a highly effective means of introducing a culture of competition in Argentina. To this end, it announced the conduct of a total of eleven studies to assess competition

conditions in highly concentrated sectors with a significant impact on consumers and production. The first of these reports is analysed below, and it should be pointed out that it drew praise in a range of sectors consulted as well as recognition of the fresh impetus given to competition policy.

The report on credit cards, debit cards and electronic payment methods

On 26 August 2016, through its Resolution 17 and as part of its function to promote Competition Law, the CNDC published an investigation into the company Prisma Medios de Pagos SA ("PRISMA") for anti-competitive behaviours and dominant market position and on the market for credit cards and electronic payment methods, and at the same time made a series of recommendations to the Banco Central de la República de la Argentina ("BCRA") and to the Secretary of Commerce. The report was the product of a joint initiative by the Banco Central and the CNDC and it demonstrated close collaboration between the two bodies.

In Argentina, 80% of electronic payments are made with credit cards, the market for which is led by Visa, with MasterCard in second place. In addition, the only means of acquiring and processing Visa electronic payments is via PRISMA.

Furthermore, the study reveals four relevant markets: a) the market for the issuance of electronic means of payment; b) the membership or acquisition market; c) the electronic payments processing market; and d) the market for the provision of terminals or interfaces for electronic payments. The study shows that the essential issues are, first, that PRISMA participates in the four markets involved and in the two existing marketing channels and, second, that the shareholdership of that company is made up of 14 banks. The fact that the shareholders of PRISMA are the country's biggest banks suggests the possible existence of a coordination mechanism which facilitates the fixing of commercial policies common to them all, consumer finance conditions among them.

In this respect, it should be noted that the current configuration of the market for means of payment in Argentina has effects which impede competition in the acquisition and financing markets, as there are incentives for engaging in exclusionary anti-competitive practices in segments in which PRISMA faces potential competition. Accordingly,

share route", because totalling the market share of the merging companies in the last three years gave shares in the order of 70% (69.2% in 2013, the last year analysed).

As a result of this analysis and of the competition problems detected, the aforementioned remedies were proposed, in the form of conditions applied to the operation.

Irrespective of the uncertainty that might exist regarding potentiality of price monitoring to prevent abusive pricing, greater doubts emerged as to the conditions relating to the Buenos Aires/London route which, strangely, was not included in the price monitoring. It is difficult to understand how the competition problems detected on this route might be resolved by means of maintaining flights and passenger capacity.⁸¹ This being the case, although it might ostensibly be beneficial for passengers on this route inasmuch as direct flights between these two points would not be withdrawn, this measure bears little relationship to the competition problems caused by the concentration. It therefore has the appearance of being a politically inspired measure unrelated to competition.⁸²

Multicanal/Cablevisión concentration (approval with undertakings pursuant to Article 13 a) of the Competition Defence Act)

In 2006, notification was received of a complex corporate operation whereby Grupo Clarín SA and Fintech Advisory INC were to acquire a number of shares in the company Cablevisión SA which when added to those they already owned would represent 60% and 40% respectively. In turn, Cablevisión SA would acquire control of the company Multicanal SA, among others. In addition, Multicanal would acquire all of the shares in Prima SA.

The notified operation would constitute a concentration operation which, when analysed, raised competition problems due to the presence of horizontal relationships in the following markets:

- a) The multiple signal distribution market, in particular through the integration of Cablevisión and Multicanal.
- b) The internet access market, due to the integration between Cablevisión, Prima and Clarín Global.

In the case processed by the CNDC, the notifying parties assumed certain undertakings for a period of two years and, consequently, a (majority⁸³) Opinion was issued and forwarded to the Secretary of Commerce, accepting the said undertakings and recommending approval of the operation under the terms of Article 13 a) of the LDC, that is to say, approval without conditions. Under the same terms as the majority Opinion, the Secretary of Commerce issued the Resolution of 7 December 2007 whereby the operation was approved pursuant to the aforementioned legal provision.

Once the operation had been approved and formalised, certain problems arose as the Executive Power deemed that the undertakings had not been fulfilled and so, through a Resolution of the Ministry of Economy and Production of 3 March 2010 (Resolution 113/2010), a failure to fulfil undertakings was declared and the authorisation ceased to be effective, compelling the parties to demerger.

The problem arose due to the fact that the operation had been approved pursuant to the provisions of Article 13 a) of the LDC (authorisation for the operation) and not those of 13 b) (whereby the approval was made contingent upon fulfilment of the conditions set), and the parties therefore appealed the said Resolution and, in September 2015, the Federal Civil and Commercial Court of Appeals made a judgement revoking Resolution 113/2010 issued by the Minister, on the grounds that authorisation for the concentration had not been subject to conditions, without prejudice to the fact that fulfilment of undertakings might be required through other avenues.

Fampa Argentina and AEI Servicios Argentina concentration (simple approval)

A Resolution of 28 August 2015 issued by the Secretary of Commerce approved a concentration operation which consisted of the acquisition by the company Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte SA (EDENOR) of 77.19% of the Empresa Distribuidora Eléctrica Regional SA (EMDESA); small shareholdings in other electricity distribution companies in which EMDESA held the remaining capital; 99.99% of the firm AESEBA SA; and the purchase by Pampa Energía SA (the parent company of EDENOR) of the remaining

drinks. Other forms of screening (single-screen cinemas, Premium theatres etc.) were not included in the reference market. The product market was delimited using the SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) test.

The relevant markets were geographically delimited by taking certain isochrones into account, that is to say, the time required to travel the distance from the homes of cinema-goers to the motion picture theatre. To this end, nine zones were identified in the Autonomous City of Buenos Aires and Greater Buenos Aires. Of these nine zones, the operation involved an increase in share, in terms both of audience and billing, for the companies undergoing concentration of above forty percent or very close to this figure.⁸⁰ These market shares denoted competition problems caused by the operation (two of them, specifically) which would need to be remedied for approval to go ahead. The notifying parties offered certain undertakings which were analysed by the CNDC.

As indicated above, after an analysis of the potential remedies in terms of structure and behaviour, within the generic context of the concentration operations the CNDC analysed the proposed undertakings, with certain qualifications and clarifications. On the basis of these qualifications, the CNDC accepted the undertakings as they resolved the competition problems presented by the operations, and therefore proposed that the Secretary of Commerce make approval for the corporate concentration operation conditional upon the fulfilment of these undertakings.

It should be stressed that, by contrast with the Cablevisión/Multicanal Resolution analysed above, conditions were applied to the approval in accordance with the provisions of Article 13 b) of the LDC, and therefore the undertakings become conditions upon which approval for the operation was contingent.

Iberia Líneas Aéreas de España SA and British Airways PLA concentration (approval with conditions)

By means of an operation which was carried out outside Argentina, Iberia Líneas Aéreas de España SA and British Airways PLA merged, forming a new company called International Consolidated Airlines Group SA (IAG). The new company would

become the *holding* company of both firms, which would continue to provide air transport services under their own brand names, bringing about an industrial financial and operational integration.

Because it exceeded the legal business volume thresholds for referral to a concentration control in Argentina, this operation was notified to the CNDC. The Commission analysed the operation and issued an Opinion in which it considered that the operation did affect competition and the general economic interest on the Buenos Aires/London, Buenos Aires/Brussels and Buenos Aires/Vienna routes, and it therefore proposed that the Secretary of Commerce make approval for the operation subject to compliance with the following conditions:

- For a five-year period, to maintain capacity, in terms both of frequency and number of seats, on the services provided on the Buenos-Aires/London route
- To monitor prices on the Buenos Aires/Brussels and Buenos Aires/Vienna routes for a period of three years.

The CNDC would be the body designated to monitor compliance with these conditions.

By the Resolution of 2 February 2015, the Secretary of Commerce decided to make approval for the notified concentration contingent upon the conditions proposed by the CNDC. The Opinion issued by the CNDC was incorporated into the Resolution and formed its basis. This Opinion contains an in-depth analysis of the markets, appropriately separating the cargo and passenger markets, in accordance with international precedents in airline concentrations. It included direct and indirect flights in the passenger market, as well as impacts on time-sensitive and non-time-sensitive passengers, and at the same time analysed the degree of concentration in the various origin/destination routes. To this end, the study was carried out using the HHI indices and the SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) test, the markets by route, including sixteen routes in the analysis, all between Buenos Aires and various European cities. In two of these (Buenos Aires/Brussels and Brussels/Vienna), competition problems arose in that they created or consolidated the market shares of the merging companies at a level above 40%, while the Buenos Aires/London route was categorised as a “high

1 February 2010. By a majority of two votes to one⁷⁷, it was annulled on the grounds that the rights of defence of the parties involved had been violated as obligations had been imposed on two companies (TI and Telecom Italia International) which had not been party to the proceeding. As this was an interlocutory proceeding, the resolution was annulled but without consideration of the substance of the case.⁷⁸

The Judgement ordered the issuance of a new administrative decision. At the time this judgement was made, the appeal lodged by the parties concerned against the Resolution of 9 January 2009, which held that the TELCO operation constituted a concentration and must be notified, was still pending. The Courts dismissed this appeal, thereby confirming the opinion that the operation should be notified in Argentina.

As the result of these two court decisions, the operation was required to be notified again and a new case processed, involving all the parties concerned.

Once the new administrative decision was issued, through the Resolution of the Secretary of Economic Policy of 13 October 2010, pursuant to the provisions of Article 13 b) of the LDC conditions were applied to the operation, making its approval subject to the fulfilment of the undertakings submitted by the notifying parties. These consisted in prohibiting TE from participating in or vetoing - in TELCO or any other company partly owned by TELCO - any issued relating to the Argentine market. These undertakings became conditions on which the approval of the operation was contingent. The same Resolution also confirmed the fine imposed previously for extemporaneous notification.

Attention can be drawn to the fact that, without having altered the competition conditions and making a similar analysis, this Resolution approved the operation subject to conditions, consisting of the establishment of Chinese walls, while the earlier Resolution made approval conditional upon disinvestment in TELCO.

As indicated above, within the context of the same operation, in his Resolution of 6 January 2010 the Secretary of Domestic Commerce of the Ministry of Economy adopted the content of CNDC Opinion 775/2010 and, deeming the TELCO operation to

constitute an economic concentration which had not been notified within the legally stipulated time period, imposed large fines on the purchasers of TELCO, TE and another four companies, the latter being outwith the telecommunications market. The Resolution was partially annulled by the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters, which reduced the fine imposed on TE to less than half and annulled those imposed on the other TELCO shareholders. An appeal was lodged against the judgement with the Supreme Court, which confirmed it, holding that the companies had indeed failed to fulfil the obligation to notify for a period of more than three hundred days, and set aside the amount of the fines, maintaining those imposed by the Secretary of Domestic Commerce, overruling the reduction applied to TE and ratifying the fine imposed on the remaining accused parties.

Hoyts/Cinemark Argentina case (approval with undertakings pursuant to Article 13 b) of the Defence of Competition Act)

By Resolution of the Secretary of Commerce of 6 May 2015, approval was given in a case of economic concentration which related to an operation whereby Cinemark Argentina Holdings INC acquired all of the shares in Boca Holdings INC, which in turn held 100% of shares in Hoyts General Cinema de Argentina SA. The companies affected by the operation focused their activity in the motion picture projection market.

Authorisation for the operation was contingent upon fulfilment of the undertaking presented by the notifying parties, together with clarifications in their regard by the CNDC which, in summary, consisted in a limitation of growth and the maintenance of prices⁷⁹ for a period of five years in two areas: the North Zone of Greater Buenos Aires and within the Autonomous City of Buenos Aires itself.

The CNDC report accompanied the Resolution. In this report, the CNDC first delimited the relevant market affected by the operation, performing the delimitation from the product viewpoint as well as geographically. With respect to the relevant product market, this was defined as the operation of multiscreen motion picture complexes, an activity which included the screening of films and the additional service of retailing foods and

the anti-competitive effects of which are obvious. It is not easy to determine when a price is abusive, but there are circumstances where parameters exist which facilitate this categorisation, such as the situation analysed in the above-mentioned Resolution. In fact, when one price is fixed for export and another for the national market while simultaneously preventing reimportation, if the price set for the national market exceeds that applied to international sales it can undoubtedly be regarded as abusive.

The conviction was upheld by the Supreme Court of Justice of Argentina in its judgement of 2 July 2002.

Royal Canin Case: Agreed settlement

On some occasions, in dealing with cases relating to anti-competitive behaviours, the CNDC has made use of the power provided for in Article 36 of Law 25.156 to approve an agreed settlement, accepting the undertakings offered by the alleged perpetrators of these behaviours.

One example of an agreed settlement is the Royal Canin Resolution issued by the Secretary of Domestic Commerce of 7 June 2012 which accepted the undertakings offered, concurring with the view of the CNDC, whose Opinion was incorporated into the Resolution.

In this case, a customer of products supplied by the company Royal Canin Argentina SA (RCA), and active in the veterinary and *pet shop* sector, filed a complaint with the CNDC alleging that the supplier had at certain times restricted the supply of products had been regularly purchased for years and which had allowed him to expand his business. The products, and therefore the market affected by the alleged behaviour, consisted of pet foods and the company at issue sold its products with no exclusivity requirement.

In its Opinion, the CNDC presented an analysis of previous cases in which undertakings had been accepted, specifying that undertakings do not have to be accepted automatically but rather in the light of the circumstances of each specific case. In any event, the institution of an agreed settlement was reserved for cases in which the undertakings generated greater benefits than would be gained by continuing with the investigation. In this case,

the company at issue (RCA) gave an undertaking to resume supplies to the complainant, with certain discounts and at the same conditions as for other customers in the area, terms which were accepted by the complainant. The Opinion was therefore incorporated into the Resolution and served as its basis.

3.4 Economic concentrations

Telefónica–Telecom Case

In 2007, various companies, including Telefónica de España SA, purchased shares in the Italian company Telco SpA. (TELCO), the owner of the company Olimpia SpA, which owned assets in the form of shares in Telecom Italia (TI). This had a major impact in Argentina as TI held, directly or indirectly, 50% of the shares in the Argentine company Sofora Telecomunicaciones SA which, in turn, indirectly controlled Telecom Argentina SA (TA).

The problem lay in the fact that Telefónica España SA (TE) held 42% of the shares in TELCO, which in turn controlled Telefónica de Argentina SA (TELA). This gave rise to a relevant event whereby TE had an influence over the two main telecommunications operators in Argentina, total influence over TELA and indirect influence over TA.

This event was widely reported in the press and in Resolution 4/09 of 9 January the CNDC held that the change of control at TELCO constituted a concentration operation having effects in Argentina and that the acquisition of TELCO was subject to the notification requirement.

The CNDC processed the case and issued its opinion on 25 August 2009, in which it determined that this operation would affect competition in Argentina, reducing it substantially in markets in which both TA and TELA operate. On the basis of this opinion, the Secretary of Domestic Commerce issued Resolution 438/09, making the operation subject to the condition that TI and its subsidiary Telecom Italia Internacional (TII) should divest all their assets in Sofora, and thus cease to control TA, within one year.

An appeal was brought against the Resolution before the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters which issued its judgement on

from these considerations, as sanctions are only imposed for the unilateral behaviour of abuse of dominant position.

Yacimientos Petrolíferos Fiscales Case: Exploitative Abuse

Adopting the Opinion of the CNDC, the Enforcement Authority imposed on YPF a fine of 109,644,000 pesos, and at the same time ordered the discontinuation of its behaviour. This merits comment even though it concerns an old Resolution because it is the highest fine hitherto imposed for abuse of dominant position.

The procedure against YPF was launched ex officio in August 1997, following the preparation of a report which showed the existence of significant circumstances in the bulk liquefied petroleum gas (LPG) market and large price rises occurring between 1992 and 1997; price rises not justified by increased production costs. Mention was also made of a context of virtual stagnation in domestic demand, a significant increase in production and export on the part of the company and a widening gap between selling prices to local fractionation operators and export prices.

An investigation was conducted into whether YPF, a company holding a dominant position in the market for bulk supply in the LPG market, was pursuing a policy of restriction of internal supply in order to maintain the selling price in the national market at a high level in comparison with export prices. The presumption was that if YPF, instead of devoting a large volume of its production to export, directed it instead to the domestic market, prices within Argentina would be at the same level as export prices.

The relevant market was defined as being that of the domestic commercialisation of bulk LPG, including demand both from the petrochemical sector and local fractionation operators. The supply side of the market was made up of all the local companies producing LPG. In terms of the geographical dimension of the relevant market, this was deemed to be national.

The definition of the relevant market was based on the consideration of substitutability both in terms of supply and demand; from the viewpoint of demand, it was concluded that neither the petrochemical sector nor the local fractionation

operators had the option in practice of substituting LPG for an alternative product. With regard to supply, the existence of significant entry barriers to the import of LPG led to the conclusion that it was not possible to find alternative supplies easily. Once this relevant market was established, it was determined that YPF did hold a dominant position in it.

Given these parameters, the CNDC was required to analyse whether the behaviour could be regarded as abusive. According to the Opinion, YPF was pursuing a commercial policy which consisted in diverting its production to export, for the purposes of maintaining domestic prices at a relatively high level compared with export prices, in addition to the fact that reimportation was prohibited. A number of factors combined to achieve this, all interrelated: the massive diversion of its LPG production to export, the increase in domestic prices, and the existence of price discrimination between the domestic market and the international market and contractual clauses prohibiting the re-entry of exported product.

The requirement to identify an impact on the general economic interest led to the analysis that, although the behaviour had occurred in the wholesale market, the effects were nevertheless felt "downstream" in the market for sales to consumers, who were obliged to pay more than they would otherwise have paid in the absence of the abusive behaviour, as the fractionation operators passed on the price rises to consumers. Furthermore, there was an aggravating factor in the behaviour, in that it concerned a basic need product, precisely for residents on low incomes with no access to natural gas networks.

In calculating the fine imposed, account was taken not so much of the damage to the general economic interest but of the profits illicitly obtained by YPF as the result of its abusive behaviour. Thus, total illicit profits for the period under investigation were estimated to be \$91,370,000, an amount that was increased by 20% as permitted by Article 26 of the LDC, and the fine was consequently set at \$109,644,000.

As a comment on this resolution, it can be pointed out this is an instance in which a sanction is imposed for the fixing of abusive prices, a form known as "exploitative abuse", as against "exclusory abuse",

This different opinion can be explained by the existing differences between the CNDC and the said Court in determining the relevant market. In this respect, the relevant market in the CNDC's view was constituted by the live transfer rights over games in the Argentine first-division football championship (thereby creating a monopoly for the TRISA-TSC group) while the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters, by contrast, determined that the relevant market involved all televised football programmes, be they broadcasters of Argentine football abroad, through direct or delayed coverage. In the light of the foregoing, it is not surprising that the said Court should question where the TRISA-TSC group held a dominant position as provider of televised football programmes and, being a vertical behaviour engaged in by a party lacking a dominant position, it held that no offence existed. An appeal against this judgement was brought before the Supreme Court of Justice of Argentina, which considered that the conditions for admitting the appeal were not met as the Court of Appeal had not handed down an arbitrary judgement, but rather had interpreted the evidence in a different way to the CNDC.

Here, it can be said that the CNDC's approach to the controversial subject of vertical restraints in such cases consists in amalgamating them with other anti-competitive behaviours, in particular abuse of dominant position, as will be shown below in the section dealing with the Clorox Resolution. In any event, there is a certain tendency, manifested particularly clearly in the case-law of the Courts, not to regard vertical restraints as anti-competitive, including those such as the vertical fixing of resale prices which other legislations and jurisdictions regard as collusive.

3.3 Abuse of dominant position

Clorox Case: Exclusory or exclusionary abuse

In the Resolution of the Secretary of Commerce of 17 April 2015, the company Clorox Argentina SA (Clorox) received a fine of \$50,000,000 for its conduct in the bleaches market, which constituted an abuse of its dominant position in this market, and also obstructed the presence of a competitor's product. The foregoing was in line with the Opinion of the CNDC, which was incorporated into the Resolution.

In this case, at the request of the complainant company (a competitor of the company at issue), precautionary measures were adopted. Clorox was ordered to suspend the behaviours in which it was engaged. These consisted in the refusal to supply its products or the limitation of discounts granted to wholesalers who purchased the product of the complainant company. The complainant based its complaint on the fact that Clorox held a dominant position in the bleaches market and that its behaviour was leading to the exclusion of the complainant's product from the relevant market. The investigation also covered other behaviours, such as the imposition by Clorox of a prices "*gap*" on wholesalers.

In its Opinion, the CNDC deemed the conduct under investigation to constitute an abuse of dominant position with exclusory effects. To reach this conclusion, first, it delimited the relevant market in terms of product (bleaches) and geographically (national dimension) and reached the conclusion that Clorox held a dominant position in this market. With the application of these parameters, it was evident that the behaviour of Clorox had an anti-competitive purpose, intended to obstruct the presence of other competitors in this market, the complainant among them.⁷⁶ This is a clear example of behaviour engaged in by the dominant operator in order to consolidate its privileged dominant position, in that it imposed more stringent conditions on distributors and customers if they purchased its competitors' products than if they only purchased the dominant operator's products. This conduct is contrary to competition through its purpose, as this clearly consists in limiting or obstructing the presence of competitors in the market, and this is why it constitutes a typical exclusory abuse.

It should be pointed out that the text of the Opinion contains references to vertical restraints in a case of abuse. Thus, for example, it is stated that the facts complained of in the case "fall within exclusionary practices known as vertical", later indicating that the vertical fixing of prices constitutes a circumstance contrary to free competition in the following terms: "vertical actions designed to fix prices at various stages of commercialisation affect many of the elements that make up a competitive market". However, a sanction for vertical restraints (bilateral or multilateral behaviour) does not follow

The companies lodged an appeal against the fine, which was brought before the Federal Appeal Court of Comodoro Rivadavia. The court rejected the motion for annulment submitted by the appellants, ruled on the substantive issue and revoked the Resolution of the Enforcement Authority. The State lodged an extraordinary appeal against these judgements, as being arbitrary, and it is currently pending a decision on the part of the Supreme Court of Justice of Argentina.

Medicinal Gelatins cartel

In his Resolution of 4 December 2015, the Secretary of Commerce adopted the Opinion of the CNDC and sanctioned four pharmaceutical laboratories for engaging in concerted practices in invitations to tender issued by public hospitals between 2005 and 2007, orchestrating false competition conditions in the various procedures for purchasing plasma expanders made from gelatins formulated for public and private health establishments.

In the course of this procedure, which took more than nine years to examine, searches were carried out at the headquarters of the companies under investigation, and in certain health and hospital establishments. Its importance is due to the existence of a completely new element, in that three individuals representing the laboratories under investigation were sanctioned with a fine of 200,000 pesos each. This was clearly in addition to the four fines of 10 million pesos imposed on each of the pharmaceutical companies.

An appeal was brought against the Resolution before the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters, and is pending judgement.

3.2 Vertical agreements

Irrespective of the existing debate concerning the anticompetitive nature of vertical restraints, there is no doubt that these are considerably less harmful to competition than horizontal agreements. This is demonstrated by the fact that in jurisdictions which are more advanced in the field of competition there is currently a downward trend in prosecutions for vertical agreements.

In Argentina, the CNDC and the Enforcement Authority have not focused in particular on the prosecution of such vertical restraints either, even

though action in this field would assist clarification of the various systems of restricted distribution (exclusive distribution, selective distribution, franchises etc.) and would at the same time shed light on certain circumstances which the decisions of most jurisdictions continue to regard as illegal, such as vertical price fixing or prohibiting sole distributors from making passive sales.

As mentioned above in relation to the report prepared for the *peer review* carried out by the OECD in 2006, in the period 2001 to 2006 the CNDC settled only three vertical restraint cases and none of these led to the imposition of sanctions. The same can be said of the action of the CNDC in the following years up to 2016 although, both then and now, instances of vertical restraint were considered in cases of abuse of dominant position. It is true that a large proportion of Argentine doctrine⁷² regards vertical restraints, including absolute exclusivity and vertical price fixing, as lawful and not anti-competitive. This is line with the majority of decisions issued by the CNDC and the Enforcement Authority, which appears to adhere to this theory insofar as vertical restraints are not usually sanctioned if they are not accompanied by horizontal restraints or behaviours in abuse of dominant position.

The case of televised football

The case of televised football⁷³ is a prime example of the circumstances in which vertical restraints are addressed. The conduct of the two companies (TRISA and TSC) holding the television broadcasting rights for the Argentine championship as well as the three operators of cable television in Buenos Aires was sanctioned in this case. The Opinion of the CNDC and also the Resolution of the Enforcement Authority held that the rights holders, in a dominant situation, had imposed conditions on the cable operators forcing the latter to offer subscribers the same package called the “codified system” and for the same price, which would have the effect of excluding other operators. One might ask if in reality the CNDC did not take account of whether a cartel was formed between the three cable operators, while the two rights holder were acting as “cartel police”.⁷⁴

The Resolution was annulled by the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters⁷⁵, which held that a vertical practice was involved.

was obtained of reprisals against a company which withdrew from the market sharing agreements, as was evidence of some concrete price fixing. Ultimately, the sanction was not solely based on price parallelism, rather this factor was combined with additional evidence.

This Resolution contains a new element in the CNDC's practice, and it is largely worthy of emphasis, consisting in the system used to calculate the amount of the fine. Law 22.262 provided for an exclusive maximum fine of \$529,289 and this amount could only be increased by virtue of the illicit profits obtained by the companies at issue.⁷⁰ Prior to the said Resolution, it had only been possible to use the criterion of illicit profits obtained through the anticompetitive behaviour in circumstances in which the said illicit profits could be calculated by objective means. In this case, by contrast, the CNDC opted to estimate the profits by means of a subjective estimation, whereby it was deemed that the illicit profits constituted 1% of product sales for the duration of the anticompetitive behaviour.⁷¹

The Resolution of the Secretary of Technical Coordination, the Enforcement Authority for the law at the time, was appealed. In its judgement of 26 August 2008, the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters dismissed the appeal, although it slightly amended the amount of the fine. In a judgement handed down on 9 May 2013, the Supreme Court rejected the appeal brought against the judgement of the Court of Appeal for Economic and Criminal Matters.

Cartel of automotive companies

In 2008, two natural persons filed a complaint against certain vehicle dealerships in the province of Tierra del Fuego, Antarctica and the South Atlantic Islands for alleged price fixing for the sale of motor vehicles in that province.

After an initial investigation, which was limited to the dealerships, in 2012 the CNDC widened the investigation to include thirteen manufacturers and importers of vehicles and continued the procedure up to the point of proposing that the Enforcement Authority take no further action with respect to the dealerships and four of the manufacturers and/or importers, and that it sanction the remaining nine.

By the Resolution of 12 December 2014, the Secretary of Commerce, as the Enforcement

Authority, adopted the Opinion of the CNDC and sanctioned seven manufacturers by the maximum amount permitted in law (\$150,000,000), and imposed somewhat smaller sanctions on the remaining two, for fixing the prices of motor vehicles in the Special Customs Area (SCA).

According to the Opinion of the CNDC, the behaviour attributed to the alleged perpetrators consisted in the following:

- a) Fixing the prices of some zero kilometre vehicle models in the SCA at the same level as in the rest of Argentine territory
- b) Failing to apply the exemption from import and other taxes to the vehicles
- c) Failing to apply the export refunds for components manufactured in Argentina
- d) Limiting the importation of vehicles from outside Mercosur.

The evidence for this behaviour consisted in an analysis of the parallelism of the behaviours between the accused manufacturers or importers, which meant that prices were higher in comparison than those existing in Chile, a region also with exemption from duties, and matched those applied in the rest of Argentine territory, in which there was no such exemption. The fact is, however, that no additional proof of concertation was obtained beyond presumptions based on the structure of the automotive market. In this context, it was noted that the accused held a collective dominant position of percentages close to 100% of the market and that the behaviour of the companies was completely different to that seen in other similar areas of free trade.

The Resolution attracted multiple criticisms: first, because the manufacturers and importers were not the parties complained of; and, second, because the criterion of parallelism plus was not met, that is to say, in the absence of additional evidence, price parallelism alone is insufficient to prove concertation. Despite the fact that the CNDC considered that additional elements of proof of parallel behaviours existed, these additional considerations were nothing more than arguments relating to the structure of the market which was facilitating collusion, but other evidence was absent in the case, such as the existence of meetings or contacts between the alleged cartel members.

Although these activities were already being developed, the reforms implemented from 2016 have considerably enhanced their importance. In fact, until this year there was no specific unit within the CNDC with responsibility for the promotion of competition. But in 2016, a significant organisational change was made at the top operational level of the CNDC. The body tasked with carrying out these activities is currently the Directorate of Competition Promotion, created in the course of approval of the current organisational structure of the CNDC by virtue of Administrative Decision 759-2016 and Resolution 614/2016. Thus, as laid down by Annex II of the said Resolution 614/2016, the actions of the Directorate of Competition Promotion will be as follows:

- a) To promote competition, transparency and efficiency in markets by advocating and disseminating the legal, regulatory and institutional framework.
- b) To establish and maintain institutional relationships with international bodies, other competition agencies and public and private organisations.
- c) To coordinate the participation of the National Commission for the Defence of Competition at events, meetings, forums and conferences relating to its function.
- d) To analyse changes in international doctrine and case-law with respect to the promotion of competition.
- e) To draw up codes of conduct for the public and private sector, which promote competition in the markets.

3. COMMENT ON THE MOST RELEVANT CASES

In this section, we refer to of certain defence of competition cases which have taken place in recent years in Argentina, which have been regarded as having practical relevance and which present elements linked to cartelisation, vertical relationships, abuses of dominant position and economic concentrations. Finally, mention will be made of activities relating to the promotion of competition.

3.1 Horizontal agreements

Cement cartel

Although this is a relatively old resolution (2005), it is still of current significance inasmuch as it relates to a case in which significant fines were imposed on the six companies forming the subject of complaint (\$309,729,289.10 in total, with two of them fined more than 100 million pesos), reduced by the Court of Economic and Criminal Matters to an insignificant amount.

The agreements entered into by five cement companies had been in place for a long period of time, but the sanction only extended to collusive practices in the years in which the Law of 1980 had been in force (1981 - 1999) even though the anti-competitive behaviours preceded that date and continued beyond 1999.

Given that the agreements were formalised under the auspices of the Association of Manufacturers of Portland Cement (AFCP), in particular as a vehicle for the exchange of information between competitors (the five sanctioned companies), the AFCP was among those sanctioned.

The CNDC analysed the information relating to the quantities produced and sold by each company in each region of the country, information which the AFCP prepared and distributed among the cement companies. This information was highly detailed and could be used to facilitate tacit collusion between the companies and also to monitor compliance with the agreements made between them.

The Resolution was based on the parallel behaviour of the companies, relating to the maintenance of market share and the coordination of prices in some cities which, when combined with the information obtained through the AFCP, brought to light behaviour that could constitute a cartel.

As can be appreciated, the evidence was presumptive or circumstantial yet formed the grounds for the sanction in that market shares were being maintained, there was evidence of a certain price convergence and the information obtained from the Association was suitable for concertation. The indications were proven, collusion was a valid consequence of those indications and there was no valid alternative explanation, all criteria required for acceptance of presumptive or circumstantial evidence in punitive law. Furthermore, evidence

administrators, syndicates or Supervisory Board members, agents or legal representatives who, through their action or omission in their duties of control, supervision or stewardship, may have contributed to, encouraged or allowed the infringement”.

Furthermore, the said article also provides that the CNDC can impose “an additional sanction of disqualification from engaging in trade for a period of between one and ten years”.

There is no doubt that the ultimate purpose of the fines is prevention, and they must therefore meet two objectives: to punish and to deter, while not neglecting the principle of proportionality. Non-compliance with competition rules is profitable if the infringer goes unpunished or is only lightly penalised; this is patently true of cartels, where increased prices can generate enormous profits for the companies involved. Consequently, sanctions must be set at a sufficiently deterrent level to ensure that companies do not aspire to obtain economic benefits from infringements when making their own decisions.

The amount of the sanctions provided for in Argentine competition legislation is lower than those established in the legal provisions of countries which are further advanced in this area, and so reform of this issue is a matter of vital importance. It should be stressed that these sanctions have lost their power of deterrence in large part due to the inflationary environment and the devaluation of the Argentine currency, since when Law 25.156 was enacted the maximum fine was equivalent to 150 million dollars whereas at present this equivalence has reduced to 9 million dollars. We will deal below with the changes to sanctions envisaged in the latest draft amendment of the LDC. Furthermore, the possibility exists of imposing sanctions with great potential deterrent effect (disqualification of directors, structural measures etc.), although the fact that they are not applied, and never have been, weakens this effect.

2.10 Judicial appeal

The effectiveness of the Commission and of the competition policy is affected by the quality of

the judicial institutions which act through appeals against the decisions of the Enforcement Authority.

Over the last decade there has been a discussion around which court was competent to review appeals against resolutions issued by the Enforcement Authority and, specifically, whether it should be the Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Federal Civil and Commercial Court of Appeals) or the Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Court of Appeal for Economic and Criminal Matters), as both have handed down judgements on issues of Competition Law. In some cases, positive and negative conflicts of jurisdiction arose between the various divisions of both Courts.

Thus, in addition to the long-standing failure to define the Enforcement Authority there are doubts as to which judicial body - the Federal Civil and Commercial Court of Appeals or the Court for Economic and Criminal Matters - was competent to review the resolutions issued in the field of competition, although the majority of case-law tends towards the latter.⁶⁹ To compound the confusion, it might be thought that the submission of procedural rules to those of administrative procedure would mean that competence lay with the Administrative Appeal Courts, but that conclusion was not admitted, insofar as the amendment to the rules did not entail any alteration of jurisdiction.

2.11 Promotion of competition

Here, we will deal with those activities carried out by the competition authority, and the CNDC in particular, which are related to the promotion of a competitive environment for economic activities, primarily through relationships with other government agencies, and the promotion of the benefits of competition. To achieve this, the CNDC promotes institutional and international relationships through the organisation of seminars on issues of defence of competition, activities rolled out in universities, chambers of commerce and other private sector organisations. Also, at international level the CNDC has participated in international forums and workshops, internships and training programmes within other competition agencies, and has also collaborated with other multilateral agencies and organisations.

of investigation and advice and decision making activities respectively. The Supreme Court of Justice of Argentina held that precautionary measures would be included within the latter's remit, and for this reason it has overturned resolutions on numerous occasions⁶⁴, on the grounds that the CNDC lacks the competence to order precautionary measures.

It should also be noted that Article 36 of the LDC provides a specific means for settling cases without sanction: the agreed settlement. According to this precept, the alleged perpetrator will be able to undertake to discontinue or modify the behaviour under investigation before a resolution is issued. If they are acceptable and resolve the competition problems raised, they may be approved by the Enforcement Authority. After three years have elapsed since the date of the agreed settlement, and the undertakings have been honoured during that period, no further action will be taken.

The procedure for undertakings and agreed settlement constitutes a specific form of settlement of cases which is justified by serving two interests simultaneously: a) bringing the anti-competitive behaviour to an immediate end and b) saving the costs incurred in processing a case, allowing the competition authority to concentrate its efforts on processing the most important cases. The submission of undertakings does not imply an admission of guilt on the part of the party proposing them, and it entails the non-imposition of a fine.

Clearly, given the specific configuration and purpose of instituting an agreed settlement, it is reserved for those cases having a lesser impact on the general economic interest.⁶⁵ That said, the objection could be raised that the period allowed for acceptance of undertakings (up to the point of issuance of the resolution) is extremely long because, if one goal is precisely to free up material and human resources for the investigation of more serious behaviours, then accepting undertakings when the case has already been processed in full means that this goal is not met. However, insofar as there is no absolute entitlement to an agreed settlement to the benefit of alleged perpetrators, if undertakings are submitted at the last minute when a sanction is anticipated, and solely for the purposes of avoiding it, then the CNDC can refuse to offer this type of settlement and the Enforcement Authority can refuse to accept it.

In this chapter on procedure, it should also be pointed out that the CNDC has the power to summon parties to a public hearing where it deems it appropriate for the conduct of investigations, or to confer the status of interveners - in proceedings conducted in the said hearing - on those affected by the facts under investigation and on associations, provinces or any other party as might have a legitimate interest in the facts under investigation.

2.9 Sanctions

In continuation of the procedure, the LDC devotes Article 46 et. seq. to regulating the sanctions that can be applied to *"Natural persons or legal entities"* that fail to comply with the provisions of the law. The first article thus lists these sanctions, namely:

- a) The discontinuation of the acts or behaviours.
- b) Fines from ten thousand pesos (\$10,000⁶⁶) up to one hundred and fifty million pesos (\$150,000,000⁶⁷).⁶⁸
- c) When acts constituting abuse of dominant position are verified or where it is established that a monopolistic or oligopolistic position has been acquired in violation of the provisions of the LDC, the Enforcement Authority can impose compliance with conditions which are designed to neutralise the aspects which are distorting competition, or ask the competent judge to order the dissolution, winding-up, deconcentration or splitting of infringing companies.
- d) Those who fail to comply with the obligations to notify concentrations or to discontinue or refrain from harmful behaviour, as ordered by the CNDC, at any stage of the process, and to honour the undertaking given by the party under investigation to discontinue or modify the behaviour will receive a fine of up to one million pesos per day, starting from the deadline date for the notification of planned economic concentrations, or as of the moment of non-compliance with the undertaking or order to cease or abstain.

Pursuant to Article 48 of the LDC, when a legal entity is sanctioned "the fine will also apply jointly and severally to directors, managers,

expected, this brought with it questions in the courts regarding the competence of both bodies in enforcing the LDC.

Finally, in May 2015, the Executive Power amended Annex II of Decree 357/2002⁵⁹ to the effect of assigning the role of Enforcement Authority to the Secretariat of Commerce. The functions of the CNDC are consequently considerably limited, being assigned purely consultative and administrative operational tasks.

A significant change was introduced in this regard in 2016, such that, as an interim system pending the future reform of the law, certain powers held by the Secretary of Commerce, as the Enforcement Authority, were delegated to the CNDC.⁶⁰

2.8 The control of behaviours procedure

We have had occasion above to mention the control of behaviours procedure, so here we are interested in analysing this procedure, that is to say, acts and behaviours manifested in any form and whose purpose or effects are those referred to in Article 1 of the LDC.

The procedure for enforcing the LDC, regulated in Chapter VI of the LDC, can be initiated either ex officio or upon receipt of a complaint made by any natural person or legal entity, public or private. The statute of limitations is five years.

The current regulations give rise to certain problems relating to initiation, first inasmuch as complaints necessarily have to be dealt with and there is no rapid dismissal procedure for complaints which, at first sight, refer to facts which do not constitute an infringement as regards competition.⁶¹ Second, the authority for ex officio initiation lies with the Secretary of Commerce and not the CNDC.

Where the procedure is launched as the result of a complaint, one requirement is that the complaint must contain a clear explanation of the facts upon which it is based. On the other hand where the procedure is initiated ex officio, it is envisaged that the list of facts and the legal basis they constitute will be passed on to the alleged perpetrator. Similarly, if the complaint be held to be admissible, an appointment will be made for the complainant to provide the explanations he deems appropriate. Once the allegations are deemed answered, or

after a period of ten days has elapsed, the CNDC will be obliged to make a decision as to the appropriateness of investigating the complaint, so that if it deems the explanations to be satisfactory or if, upon completion of the investigation phase, there is insufficient evidence to pursue the procedure, no further action will be taken.

Upon conclusion of the investigation (which must be carried out within a maximum period of one hundred and eighty days), the alleged perpetrators have a period of 15 days within which to present their defence and offer evidence concerning the alleged behaviours which demonstrates compliance with the law. Upon conclusion of the evidence-taking period, the parties have a period of six days within which to put forward arguments concerning the merit of the evidence, although the decisions of the CNDC with regard to evidence are unappealable. Finally, when the investigation is complete, in the light of the alleged facts and the evidence put forward, the CNDC prepares an opinion which it passes to the Enforcement Authority - the Secretary of Commerce - who will issue a resolution within a maximum period of 60 days.⁶² This resolution brings the administrative procedure to an end. A problem arises with the time periods, insofar as they are regulatory periods and non-compliance with them does not entail expiration of the case, with the result that they are very commonly exceeded.

Furthermore, Article 35 of the LDC makes provision for the parties to request precautionary measures, in order to halt the harm caused by the anti-competitive behaviour or abuse of dominant position: "at any stage of the procedure, the Tribunal can impose compliance with conditions, which it establishes, or order the cessation of or abstention from the harmful conduct. Where serious damage could be caused to the competition system, it can order measures which are more appropriate for the prevention of this damage in the light of the circumstances. In this regard, it should be recalled that the CNDC and the Secretariat of Commerce are the current Enforcement Authorities, with powers to analyse and decide on cases connected with the defence of competition, until such time as the Tribunal is set up. In this respect, the Supreme Court of Justice of Argentina⁶³ has reiterated the distinction between the activities falling within the remit of the CNDC and those within the remit of the Secretariat of Commerce, namely: activities

are clearly insufficient at the same time to protect private interests within the framework of competition defence law.⁵¹

Thus, irrespective of the actual extent of the deterrent effect of damage actions in competition defence, it is unquestionable that the private enforcement of competition rules presents a significant additional deterrent factor in those jurisdictions in which substantial development has occurred⁵², in addition to constituting the only means of compensating victims for the damage caused.

The national civil courts do not have the competence to convict or order the cessation of behaviours contrary to competition law, in defence of the economic public order, but rather the intervention of ordinary courts falls within the private sphere, protecting the particular economic interests that have been harmed by behaviours prohibited in Article 1 to 3 of the LDC. Such anti-competitive practices produce direct effects between citizens and at the same time create subjective rights whose protection, in relations between private parties, requires the intervention of the courts of ordinary jurisdiction. Consequently, the national judicial bodies are responsible for safeguarding private interests protected by the direct effect of these rules, not the public interest in maintaining free competition, as this falls under the competence of the competition authority and, ultimately, the courts hearing appeals against its resolutions.

In Argentina, since the entry into force of Law 25.156, there have been very few cases involving civil actions for reparation of damages and, although some case-law precedents existed⁵³ which might have suggested an increased number of cases in which civil liability for anti-competitive damage was sought, this was not the case in reality.

Thus, despite the fact that case-law has expressly recognised the possibility of compensating for and making reparation for damages for infringements of competition rules, and this has left the door open for future claims based on resolutions issued by the CNDC, Argentina is underdeveloped in this regard.⁵⁴

According to expert opinion, this underdevelopment in the private enforcement of the rules of competition law in Argentina is due in large part to the fact

that significant changes in the applicable legal system are required, for the creation of appropriate conditions to ensure that actions for damages for illegal anti-competitive acts have a reasonable framework within which to be developed.

It would therefore appear necessary to modify the regulatory framework with the aim of facilitating such actions, which will not only favour the possibility for “victims” of behaviours contrary to free competition to receive compensation but will also introduce an additional deterrent element in the public enforcement of the competition rules on the part of administrative bodies.⁵⁵

2.7 The Enforcement Authority

On numerous occasions, this report has made reference to the “Enforcement Authority” and so, in this section, it is appropriate to give an approximation of what is deemed to be the enforcement authority according to the provisions of the LDC, which has frequently been queried in the courts.⁵⁶

Since 1999, the CNDC and various secretariats of the Ministry of Economy have been acting as Enforcement Authorities for the LDC, on the basis of having been assigned this status under the now-repealed Law 22.262, Law 25.156 and Decree No. 357/2002.⁵⁷ However, as we have moved forward, with the enactment of the current LDC, the decision has been made to create the National Tribunal for the Defence of Competition and at the same time to establish this Tribunal as the Enforcement Authority. Nonetheless, in view of the failure to create the Tribunal in 2014, Law 26.993 replaced Article 17 of the LDC, determining that “the national Executive Power will determine the enforcement authority for this Law”. In this regard, the initial draft sent by the Executive Power stipulated that the Enforcement Authority would be the Secretary of Commerce, yet this attribution of competence was amended in Parliament, and the issue still remains to be settled either through delegation or on the occasion of the issuance of new regulations or implementation of the LDC by the Executive Power.⁵⁸

In the absence of the Tribunal since Law 25.156 was passed, both the CNDC and the corresponding Secretary issued resolutions concerning the defence of competition and, as was to be

scandalous that more than ten years after the envisaged creation of the Tribunal, it had not yet been constituted, thereby perpetuating political interference in the enforcement of the rules on the defence of competition which thus continued to lie with bodies such as the CNDC and the Secretary of Commerce, that is to say, with bodies that are dependent upon the Executive Power and which applied them using criteria which were not technical but primarily political. The Court held that this course of action, that is to say, ignoring the creation of an autonomous and independent body created by the law, constituted a form of applying the old colonial adage that “the law is respected but not enforced”.

2.5 National Commission for the Defence of Competition

The CNDC is a decentralised body currently forming part of the Secretariat of Commerce of the Ministry of Production, which was created in 1980 through the enactment of Law 22.262. In spite of the fact that its role was purely consultative initially, its powers have been increased gradually.

In this regard, and as indicated above, since the Tribunal for the Defence of Competition has yet to be created, the procedures and powers assigned to it by law have been exercised in part by the CNDC, giving rise to numerous issues concerning their scope. In addition, it should be stressed that as the result of the failure to set up the Tribunal, the Commission is now the sole technical authority on competition (inasmuch as it is the Enforcement Authority) and is a political body.

However, it is made up of a president and four commissioners⁴⁹ whose term of office is four years, with the possibility of their positions being renewed. In this regard, it should be pointed out that, in accordance with the provisions of Decree No. 491 of 12 March 2002, the members of the CNDC, in their capacity as civil service staff, will be appointed by the Executive Power. In practice, members of the CNDC are appointed by the President of Argentina, by decree.

As regards their duties, there are three key spheres in which they exercise their competences, namely:

Technical review, research and analysis on the control of economic concentrations, concerning

which they subsequently make recommendations, via an opinion, to the Secretary of Commerce, who is the authority with decision-making competence. Accordingly, it carries out investigations of anti-competitive behaviour and structures in given markets.

- a) Conduct of investigations of cases brought for anti-competitive behaviours, abuse of dominant position and cartelisation. In this regard, it issues the corresponding opinion, advising the Secretary of Commerce, among others, on the imposition of fines.
- b) Promotion of competition through its participation in seminars on competition defence issues, dissemination activities in universities, international forums and workshops and collaboration with other international agencies and bodies.
- c) Conduct of market research studies, with the aim of performing a diagnosis of the competitive situation in a given market; the said market study can lead to a market investigation allowing analysis in greater depth.⁵⁰ Where appropriate, a market investigation can lead to the development of pro-competitive recommendations or the opening of a complaint for anti-competitive behaviours.

2.6 Reparation of damages for infringements of competition rules

Among other things, competition defence law reflects the will of the State to intervene in economic activities, in order to achieve a competitive market in which consumers are able to purchase products of high quality at reasonable prices.

There can be no doubt that, in order to achieve this aim, deterrence plays a key role when setting rules for the defence of competition. Corrective measures certainly provide a certain level of deterrence for current and potential infringers, particularly when, as we shall see below, the amount of the measures is intended to be increased in the proposed reform of the LDC. However, these corrective measures applied by the competition authority - which primarily address the general interest of society - alone

enforcing and ensuring compliance with the law, with complete jurisdiction over all matters connected with competition and in all sectors of the economy. This Tribunal would be made up of seven members including at least two lawyers and two economic science professionals.

This Tribunal was never constituted, however, and so Law No. 26.993, enacted in September 2014 and called the “Dispute Resolution System in Consumer Interactions”, removed the concept of the Tribunal and, in the current Article 17, stipulated that the Executive Power would determine the LDC Enforcement Authority. It is important to note that this wording was amended when this law was scrutinised in Congress, as the original wording expressly stipulated that the Secretary of Commerce would be the Enforcement Authority. It still remains to be seen which authority will be designated by the Executive Power, be it the Secretary of State or a different agency.⁴⁴ In this respect, in two judgements the Supreme Court had established⁴⁵ the continuation of the dual regulatory system created by the earlier Defence of Competition Act, Law No. 22.262, whereby the CNDC would carry out technical reviews on the control of economic concentrations and investigations and would make recommendations to the Secretary of Commerce at the Ministry of Economy (hereinafter referred to as the “Secretary of Commerce”), who would be the Enforcement Authority for making decisions.

It is clear that the amendment of the provision contained in Article 17 of the Defence of Competition Act may have entailed the weakening of competition defence in the Argentine system. The hope raised by the creation of an independent body such as the Tribunal for the Defence of Competition, separate from political power, and which would be able to enforce competition rules without being subject to influence from the Executive Power, faded completely. From the moment the law removed the possibility of creating the Tribunal, and allocated its competences to a body of the Executive Power, a message was sent out to the business and economic community that competition rules, and in particular decisions relating to the control of concentrations, would fall exclusively within the remit of the political will of the Executive Power.

Thus, until such time as the Tribunal was set up, the Enforcement Authority for the LDC continued to be the Secretary of State for Commerce and International Economic Negotiations, that is to say, as provided in the repealed law of 1980 and, as of 2006, the Secretary of Domestic Commerce, under whom the CNDC falls as an administrative branch with competence in this field.

This generated doubts as to which of these two authorities would have the powers laid down in the now-repealed Article 24⁴⁶ of the said Defence of Competition Act.⁴⁷ In the absence of the Court, the Executive Power itself brought forward a reform in 2014 which concentrated all decision-making authority in the hands of a single official: the Secretary of Commerce. As will be indicated below in comment on recent advances, Resolution 190/2016 of 28 July clarifies the problem insofar as certain of the Secretary of Commerce’s competences are delegated to the CNDC as an interim measure until the adoption of a new law strengthening independence in the enforcement of competition legislation.

The failure to set up the Tribunal and the permanent consolidation of a temporary system whereby the Secretary of Commerce constituted the Enforcement Authority for the LDC attracted no little criticism, some of it crushing, such as the content of the judgement of 1 February 2010 handed down by Division A of the Court of Economic Criminal Matters in the TELCO case.⁴⁸ This judgement was handed down in an appeal brought against a resolution of the Secretary of Commerce in an economic concentration case, approving an operation categorised as a concentration, subject to conditions.

The judgement held that the Resolution issued should be annulled as being utterly arbitrary, discretionary and casual, as it flagrantly violated the rights of defence, and the pronouncement included a second section requesting that the Executive Power be issued with a communication that it should proceed with creating the Tribunal for the Defence of Competition. These considerations were based on the necessity of creating an independent body, which had guided the creation of the Tribunal in the law of 1999, as a formula for depoliticising the enforcement of competition rules. Among of its strong arguments justifying this consideration was the assertion that it was

such rights becomes fully effective, in accordance with the purchase agreement or contract.

As set out above, the CNDC receives the notification and is responsible for processing it, and it is also empowered to issue requests for the purposes of obtaining complete information.³⁸ After carrying out the appropriate investigations, the CNDC issues a non-binding opinion in which it sets out its conclusions and makes a recommendation, currently to the Secretary of Commerce, on the authorisation, subordination or denial of the concentration. The Secretary of Commerce therefore constitutes the competent body³⁹ for authorising or denying the operation, and he/she in turn can authorise the CNDC to monitor the imposed constraints and to issue the requisite resolutions for determining the content of the information to be monitored. In accordance with Article 13 of the LDC, the competition authority has a period of forty-five days within which to make a decision, which might be: to authorise the operation, to render the act conditional upon certain imposed conditions, or to deny authorisation. Where no resolution is issued within this period, the operation will be deemed to be authorised tacitly, producing the effects described below (Article 14 LDC).

Finally, mention should be made of the effects of the said notification. In operations subject to mandatory notification, acts only produce effects between the parties or in relation to third parties once tacit or express approval has been given.⁴⁰ It is no surprise, therefore, that it is normal practice for agreements on the sale or transfer of assets to be subject to the condition precedent of approval of the operation by the competition authority.⁴¹ Failure to comply with this notification obligation will carry a fine of up to 1,000,000 pesos per day, starting from the deadline date for notification of planned economic concentrations. The same penalty fine can be imposed as of the moment of non-compliance with the undertaking or order to cease or abstain.

Moreover, despite the deadlines laid down by law, files are taking a considerable amount of time to process, and so if agreements are implemented, even when subject to the suspensory condition, a prohibition arrangement entailing deconcentration becomes inordinately difficult.⁴²

2.3 The procedure with respect to behaviours: The administrative procedure as a supplemental provision

The provisions of Article 56 of the LDC establish the National Law on Administrative Procedures 19.549 as a supplemental law, such that its arrangements replace the former criminal procedure which appears to have been regarded as an enhanced protection for private individuals, in the light of the potential for penalisation of the LDC, in spite of which this protective criterion was not always invoked.

The introduction of this reform was based on a certain consistency, as the criminal procedure did not lend itself to implementation by an administrative commission and the Secretary of State and, furthermore, far from providing greater guarantees it made for greater severity, which goes against the intention of the legislature.⁴³ This is yet another demonstration of the decriminalisation of competition law and its incorporation into private property law. However, it gave rise to a considerable problem inasmuch as it contributed to lengthening the times for issuing resolutions by introducing an additional report. In fact, following the issuance of the CNDC's opinion and before the Resolution of the Secretary of Commerce, both behaviour and concentration related cases, a report by the Legal Directorate has been introduced, which unsurprisingly contributes to extending processing times, drawing criticism of the change from all sides, in spite of appearing to follow logic. Furthermore, this subjection to the rules of administrative procedure has an adverse effect in that it involves a rolling-back of the autonomy of the CNDC. Indeed, by requiring a Legal Directorate report, almost at the same level as the CNDC, the latter's key role as Competition Authority is largely devalued.

2.4 Court for the Defence of Competition

In the original configuration of the LDC, the Tribunal for the Defence of Competition was envisaged as an autarchic body placed under the auspices of the country's Ministry of Economy, Works and Public Services, and tasked with

where it is demonstrated that in the absence of the concentration one of the companies involved would have entered the relevant market in which the other involved companies operate.³⁰

The passing of Law 25.156 in 1999 entailed a fundamental innovation in the competition regime: the prohibition of concentrations capable of affecting competition with possible damage to the general economic interest and the obligation for prior notification of acts of concentration, or within one week of reaching the corresponding agreement.

Thus, supplementing the said Article 6 of the LDC, the competition regulations (Article 7) stipulate the prohibition of economic concentrations whose purpose or effect is, or might be, to restrict or distort competition, potentially damaging the general economic interest.

In this respect, it is essential to have a clear definition of the "general economic interest". In the years during which that Defence of Competition Act has been in force, both the Commission and the various courts have maintained a certain consistency in criteria (which appears to have been broken in recent times), even though it cannot be said that the concept has been thoroughly developed. Thus, it is worth highlighting the fact that the general economic interest is damaged when there is a decline in social well-being, which is closely linked to the ineffective functioning of the market, the so-called "surplus" of consumers and producers, and economic inefficiency.³¹

The legislature having stipulated that the prohibition of economic concentrations "may" restrict or distort competition, it empowers the Enforcement Authority to intervene before they arise in practice and take a significant market position.³²

In relation to the thresholds for notification³³, in accordance with the provisions of Article 8 of Law 25.156, when the total turnover of all the companies affected³⁴ exceeds the sum of 200,000,000 pesos in the country³⁵, for the acts listed in Article 6 the said companies will have to notify the operation to the Tribunal for the Defence of Competition for examination (which function is carried out in practice by the CNDC, as the Tribunal for the Defence of Competition has not been constituted).

The criterion for determining whether or not the obligation to notify a concentration operation for the purposes of control by the Enforcement Authority has arisen is therefore solely quantitative. Exactly what is considered to be the "total turnover" of all the companies involved is sufficiently precise in Paragraph 2 of the said article, and it is calculated on the basis of ordinary sales of products and services, according to the most recent balance sheet and before deduction of discounts, value added tax and other items such as gross income. This is to say, it is necessary to add up the amount of turnover of all the companies affected prior to the legal act of economic concentration.

This is supplemented by Article 10 e) which stipulates an exception to this obligation:³⁶ the situation in which the amount of the operation and the value of the assets - absorbed, acquired, transferred or controlled - located within Argentina do not each exceed 20,000,000 pesos (approximately US\$1.25 million).³⁷

Despite the fact that we shall return to this point later, it should be noted that this amount has been rendered out-of-date by the inflationary process to which the Argentine economy has been subject since the enactment of the law. As a consequence of the foregoing, companies whose size makes them unlikely to affect competition have been subject to control of corporate operations, which incur significant expenses (and time delays) for companies, and the CNDC has to devote its resources and time to processing minor operations of limited applicability from the viewpoint of competition.

With regard to the time period, as established in Article 8 of the law, companies have two notification options: a) prior to the execution of the operation; or b) within one week of the date of conclusion of the agreement, the publication of the purchase or exchange offer or the acquisition of a controlling stake. The latter issue is clarified in Regulatory Decree 89/2001, fixing certain rules relating to the starting date for calculation of the time period. By way of example, in the case of mergers between companies, the time period starts to run on the date on which the definitive merger agreement is registered, in accordance with the provisions of Article 83 (4) of Law 19.550; and in acquisitions of ownership or any right over shares or equity interests, on the date on which the acquisition of

geographically and from a product viewpoint. A distinction can be drawn between exploitative abuses and exclusionary abuses, and both have been prosecuted in Argentine practice, as will be discussed below.²²

Abuse of dominant position has commonly been interpreted as a looser notion than that used in Article 2 of the United States Sherman Antitrust Act (1890), according to which the “monopolisation” of the market, or attempted monopolisation, is deemed illegal; in some cases, this can be classed as the simple existence of a dominant position.²³

As a general comment on the practice of the CNDC in taking action against behaviours contrary to free competition, of note is the time taken by the Commission to examine cases of infringements, which can take more than five years to conclude. However, it should be pointed out that a significant reduction in the time taken to process cases has been observed since 2016, bringing down to 24 months the average period for processing cases in which the alleged perpetration of anti-competitive behaviours is investigated. On the other hand, there has been a considerable increase in the Commission’s work, such that the year 2016 saw a tripling of the number of opinions issued by the CNCD compared with the average for the previous eight years (period 2007-2015), increasing from an average of 33 opinions per year (2007-2015 average) to 97 opinions issued in 2016 alone.

2.2 Control of economic concentrations

Although not stipulated in all legislations on this subject, one of the most important functions is the control of corporate concentration operations. This control has been regulated in Argentine legislation since 1999. In order to prevent the harmful effects on market functioning produced by increased market power in the hands of operators, the option to establish certain preventive (*ex ante*) mechanisms, such as prior control for some concentrations, was chosen. In this way, analysis for approval or prohibition has been based on the fact that a concentration may give rise to a situation in which the competition is substantially affected, either because a dominant position is created or strengthened or because the effects of coordination or cooperation between competitors

are facilitated, either within a given relevant market or in related markets.

In accordance with Article 6 of the LDC, an economic concentration exists when a company takes control of another company or exerts a substantial²⁴ or decisive influence over it, on a lasting basis²⁵, “control” meaning “effective decision-making power over business affairs, through the possibility of formation of the corporate will”.²⁶ Accordingly, the Law identifies four acts which involve the acquisition of control, namely:

- a) Company merger
- b) Business transfer
- c) The acquisition of the ownership or any right over shares or equity or debt securities which provide any type of right to be converted into shares or equity or to have any kind of influence on the decisions of the person issuing them when such acquisition grants the acquirer control of or substantial influence thereover
- d) The transfer of assets from one company or a transfer which grants decisive influence in the adoption of ordinary or extraordinary administration decisions.²⁷

Consequently, the prevailing idea regarding concentration is not limited solely to the circumstances of a classic corporate or contractual grouping (merger), rather the essential idea for establishing the existence of a concentration consists in determining whether any form of acquisition of control is present, such as control of its assets, or significant influence over business decisions. This is an economic rather than a legal view, and the interpretive guidelines must therefore be based on this consideration.²⁸ According to the interpretation assigned to the rule, the formation of a *joint venture* constitutes a concentration.

Furthermore, the economic concentrations referred to in the law can be horizontal, vertical, mixed or conglomerated.²⁹ The latter are agreements between companies operating in markets which are not interconnected, and so no horizontal or vertical relationships exist between the companies involved. In fact, it is more difficult to prove an adverse impact on competition with this type of operation, and they will therefore only be regarded as potentially damaging in cases

and agreements, on the one hand, and abuse of dominant position on the other, rather a general prohibition of anti-competitive behaviour is established, followed by a list of specific practices considered illegal (establishing a *numerus apertus*), provided that the conditions set out in Article 1 are fulfilled. This failure to differentiate between collusive and abusive behaviours in the legislative text has occasionally meant that enforcement of the law includes, for example, a categorisation of the behaviour that includes both types, as will be seen below.

As regards anti-competitive agreements, doctrine and legislation have traditionally¹⁸ classified these into horizontal agreements, vertical agreements and abuses of dominant position.

Horizontal agreements

Horizontal agreements are those entered into between competing companies which are involved in producing or exchanging equivalent or similar products in the same geographical market, whereby they basically agree, directly or indirectly: a) to set prices; b) to share out the market between them; and/or c) to exclude existing or potential competitors.¹⁹ These are the most damaging behaviours for the competitive functioning of the market.

As stated above, an agreement is not in itself collusive, but only to the extent that the circumstances set out in Article 1 of the LDC are in place; however, case-law has tended to regard certain explicitly collusive practices as illegal where the unlawful behaviour is deemed to be sufficiently proven. The basis has been that, insofar as the purpose or effect of the agreement is to increase prices or limit the quantities offered, the damage to the general economic interest can be clearly inferred²⁰, that is to say, they have been sanctioned, without putting forward arguments as to whether or not the general economic interest has been affected. A clear example of this is the case of cartels, which constitute the most serious infringement of competition rules for the general economic interest, inasmuch as they entail not only an attack on business efficiency, as companies are under no obligation to innovate and offer good products and services at reasonable prices since they are not under pressure from the competitors with which they are cartelised, but also on

consumers who are forced to pay higher prices while at the same time their options to purchase goods and services of higher quality and in greater variety are restricted.

Moreover, horizontal agreements encompass the decisions and recommendations of collective entities formed by mutually competitive operators; these include business associations, professional bodies or intellectual property rights societies.

Vertical agreements

Vertical agreements are agreements entered into between companies positioned at different levels of the productive or distribution process, although doctrine in Argentina tends not to regard these agreements as illegal if they do not strengthen a dominant position or do not facilitate horizontal agreements. Vertical agreements include the fixing of resale prices and other impediments affecting sales to third parties, including limiting the volume of sales and profit margins of third parties, price discrimination and tied selling.

By contrast, according to predominant current thinking in other countries it is not necessary for vertical agreements to be designed to create or consolidate a dominant position, they merely need to have the purpose or effect of restricting competition. Very extensive international literature²¹ exists on the subject, European in particular, which analyses the various forms of restricted distribution (particularly exclusive distribution, selective distribution and franchises) as mechanisms for limiting competition which can be regarded as anti-competitive unless they meet certain requirements.

Abuses of dominant position

In addition, with regard to abuse of dominant position, there is another concept used by the LDC to frame certain acts or behaviour within practices deemed to be anti-competitive. As a prerequisite for the existence of "abuse", a person (a natural person or legal entity) has to hold a dominant position in a given market and must take advantage of this dominant position to affect the competition, by excluding a competitor, hindering their entry into the market or imposing abusive conditions. But the dominant position does not extend to the whole of the market, rather it relates to a relevant market, previously delimited

conducting an ex-ante control of mergers, as indicated above. Accordingly, the control of mergers and acquisitions was introduced with the aim of preventing concentration in cases where the change to the structure of the market may lead to impediments to competition with potential damage to the general economic interest.

The main points covered by the original draft of Law 25.156¹² were the creation of a National Tribunal for the Defence of Competition (hereinafter referred to as the "Tribunal") with seven members, the aim of which was to control concentrations carried out by market operators, the establishment of the regulations applicable to the said concentrations and the determination of restrictive practices, both those arising from agreements and those constituting abuse of dominant position.¹³

However, this Tribunal was never created and consequently remained without effect with the reform of the said law, which took place in 2014, through Law 26.993. The changes introduced by that law primarily related to administrative and procedural issues.¹⁴ Thus, Law 26.993 brought about a new drafting of Article 17 of the current law, which provided for the creation of the said Tribunal, an action that was forgotten, while establishing that the Executive Power would determine the Enforcement Authority for the law. It contained the further provision that the said Enforcement Authority would be assisted by the CNDC and that any reference in the law to the Tribunal must be understood as referring to the Enforcement Authority.

However, this was not the only change introduced by Law 26.993. With regard to appeals, the time limit for lodging an appeal was reduced from 15 working days to 10 working days as of notification of the resolution, and a *solve et repete* system was established in the event of appeals against administrative resolutions imposing sanctions in the form of fines. This system consists in depositing the amount of the fine with the authority imposing it, failing which the appeal will be disallowed unless compliance with this requirement would entail "irreparable damage". Similarly, a new forum for appeal was created through the creation of the National Chamber for Appeals in Consumer Interactions; however, this chamber was never created and so great confusion has existed over the appropriate forum for hearing competition-related appeals.

2. CURRENT REGULATION OF THE DEFENCE OF COMPETITION ACT

For an understanding of the new challenges faced by Competition Law in Argentina, it is necessary to perform an analysis of the various aspects of Competition Law according to the current LDC (Law 25.156). To this end, the application of competition law can be divided into two major branches: first, **enforcement**, which provides for the sanctioning of anti-competitive behaviours (**ex post action**); and, second, the control of corporate concentration operations (**ex ante**¹⁵) control. These two branches can be supplemented by a third, relating to the promotion of competition. Although this encompasses actions lacking immediate legal effects, it is of great importance in extending the culture of competition in Argentina, in broadening knowledge of the markets and, to a large extent, in advising and influencing public authorities in order to promote standards which favour competition.

2.1 Anti-competitive agreements and practices

Chapter I of the Act regulates "prohibited agreements and practices", making its first article the core of the entire anti-competitive legal system, in that it contains a general prohibition fixing the three parameters which must be met - all of them together - in order to sanction a behaviour, that is to say, in order for it to be deemed anti-competitive. They are:¹⁶

- a) It must entail a behaviour relating to the production and exchange of goods or services
- b) This behaviour must be capable of distorting competition, a term that encompasses the action of "limiting", "restricting" and "falsifying", abuse of dominant position being a particular form of competition distortion¹⁷
- c) The distorting behaviour must be capable of damaging the protected legal right: "the general economic interest".

As can be seen, Argentine legislation does not determine illegal practices *per se*, rather it is necessary to pay heed to the circumstances of the case, applying the "rule of reason". Yet there is no clear distinction between concerted actions

protected, thereby enshrining the interest of the State in providing safeguards against monopolistic distortions and promoting open access to it.⁴

Competition is protected in particular in Articles 42 and 43 of the Constitution of Argentina⁵, both of which were incorporated in 1994⁶, the former expressly establishing the duty on the part of the State to “defend competition against all forms of distortion in the markets and control of natural or legal monopolies”, which is perfectly compatible with economic freedom and free private initiative. Ultimately, it is a question of guaranteeing a transparent market in which the consumer has access to a range of options, and ensuring that the State fulfils this obligation by issuing regulations containing clear and defined rules of play. This is supplemented by Article 43 which, with respect to guarantees, provides for action for the protection of constitutional rights so that those who consider themselves to be “prejudiced” can enforce their rights before the courts, expressly extending the protection of action to encompass competition protection rights National Tribunal for the Defence of Competition.⁷

In this context, general agreement exists regarding the increasing importance of the defence of competition; hence the necessity for a system that is provided with appropriate instruments ensuring that decision making through supply and demand is not flawed, guaranteeing the efficient and transparent functioning of the market.

To this end, and with the aim of prohibiting certain anticompetitive behaviours, Law 11.210 was enacted in the early twentieth century, in 1923.⁸ This was the first precedent of significance in competition legislation. This law was predominantly criminal in nature, the first law to sanction acts intended to establish or maintain a monopoly, and which also established the so-called “acts of monopoly”, in one of its articles. This law was amended on numerous occasions, but never came to be implemented effectively.

As a consequence of this, the law was repealed by Law 12.960 of 1946, which remained in force until 1980. This law maintained from its forerunner the criminal nature of acts leading to the development of monopolies and included a general prohibition clause and a list of practices held to be prohibited, being designed to create monopolies.⁹

In this section, it is necessary to refer to a debate around the deterrent value of competition laws, and whether this is achieved through criminal or administrative provisions. This debate is ongoing today within international organisations. Without doubt, to criminalise anticompetitive practices, particularly cartels, would have a greater deterrent effect¹⁰, but this effect would be offset - and this is the widespread view in those countries in which competition legislation does not fall under criminal law - by the fact that in requiring the application of criminal legislation with a higher standard of evidence and protection, a large proportion of practices currently sanctioned as administrative offences would go unpunished. It is for this reason that no changes are envisaged in this regard in countries where competition infringements are regarded as constituting administrative offences.

The modern era of the implementation of competition laws started in 1980 (under the military dictatorship), with the enactment of the *de facto* Law 22.262. This provision established criminal sanctions for infringements of the rules of free competition and created a body tasked with overseeing compliance with competition rules: the National Commission for the Defence of Competition.

The inadequate enforcement of competition legislation was due in large part to its criminal nature, under the clear influence of United States legislation. It is not unreasonable to believe that a society such as Argentina’s might be reluctant to treat acts regarded as normal in commercial trade as criminal offences.

Finally, because of a number of complaints of practices contrary to free competition, a new provision was necessary which was adapted to the market situation. According to news reports of the time, the adoption of a new law was strongly motivated by the intention to include the control of mergers, against the background of the acquisition of Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) by Repsol¹¹, and consequently the main change of the reform necessarily consisted in the introduction of a control of corporate merger operations. Thus, in 1999 the current Defence of Competition Act, Law 25.156, came into force. This law abolished the criminal sanctions and viewed competition infringements as administrative infringements. At the same time, it introduced certain mechanisms to prevent restrictive behaviours, such as

1. CONTEXT AND BACKGROUND

1.1 Economic context of Argentina

Lying in the extreme south of the continent of America, Argentina is the eighth biggest country in the world and the second biggest in Latin America in terms of surface area, with 2.8 million km². Furthermore, with a population of 43 million, it is the third most populous country in Latin America, with the majority of its population located in Buenos Aires.

Despite the succession of economic problems with which it has been beset over the years, Argentina continues to play an important role in the world economy, in particular through its agricultural production. This is primarily based on the production of cereals, citrus fruit, tea and fruit products such as the grape, representing approximately 10.5% of the country's gross national product (GNP). Being a country with abundant natural resources in agriculture and energy, Argentina stands out for its food production, in addition to being the fourth largest oil producer and the third gas producer in Latin America. For its part, the industrial sector, which employs almost a quarter of the working population, features industrial food preparation, milling, the automotive sector, the textile sector, and chemical, petrochemical and metallurgical activities. Finally, the tertiary sector is primarily based on the development of *software*, *call centres*, nuclear energy and tourism. The contribution made by the latter two sectors to Argentine GDP is in the region of 30% and 60% respectively.¹

It should also be noted that with a GDP of over 550,000 million dollars, Argentina is one of the biggest economies in Latin America. With regard to this macroeconomic indicator, experts forecast that GDP will continue to rise gradually, reaching approximately 12.446 billion Argentine pesos in 2018 and 14.801 in 2019.² Unemployment is projected to continue falling year on year, from approximately 9% in 2016 to 6.8% in 2021.³ The foregoing notwithstanding, the International Monetary Fund has forecast in its *World Economic Outlook Report*, that Argentina has "a lesser expectation of growth" in the short term due to that fact that it experienced lower than expected growth in the second half of 2016.

It should be stressed that competition law has been in place from a relatively early stage in the political and economic development of Argentina. Free competition in the markets and open competition policies are the factors that create the most appropriate setting in which companies can achieve their standards of competitiveness, which undoubtedly affects the economy of a country and, in any event, consumers who seek to take free decisions without the intervention of any forces other than market-specific forces, and with adequate information on the price and quality of the products offered.

Thus, it would appear that the influence of the United States of America occasioned a very early concern that a competition policy has a place on the Argentine political scene, - on paper at least - but certainly well before other countries, such as the European countries, were to legislate on the matter.

The foregoing notwithstanding, in recent years there has been a suspicion of political manipulation of competition policy, and therefore a current imperative need exists to strengthen the independence of the competition authorities in order to restore the credibility of its actions.

The incumbent Government of Argentina has demonstrated great interest in bolstering competition policy, introducing positive changes and adopting initiatives accordingly, such as the appointment of a new president and four commissioners to the National Commission for the Defence of Competition (hereinafter referred to as the "CNDC" (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) or the "Commission") and the start of a legislative process that is expected to culminate in the adoption of a new Defence of Competition Act (hereinafter referred to as the "LDC" (Ley de Defensa de la Competencia).

1.2 Background to the existing Defence of Competition Act

Market regulation is a public policy mechanism which goes beyond an exclusively contractual scope or one of business customs and practices, to focus on a structural vision which is combined with other instruments of state regulation. This means that competition law has become an issue of the utmost importance and is constitutionally

TABLE OF CONTENTS

1.	Context and background	6
1.1	Economic context of Argentina	6
1.2	Background to the existing Defence of Competition Act.....	6
2.	Current regulation of the Defence of Competition Act	8
2.1	Anti-competitive agreements and practices.....	8
2.2	Control of economic concentrations	10
2.3	The procedure with respect to behaviours: The administrative procedure as a supplemental provision.....	12
2.4	Court for the Defence of Competition.....	12
2.5	National Commission for the Defence of Competition.....	14
2.6	Reparation of damages for infringements of competition rules	14
2.7	The Enforcement Authority	15
2.8	The control of behaviours procedure.....	16
2.9	Sanctions.....	17
2.10	Judicial appeal	18
2.11	Promotion of competition	18
3.	Comment on the most relevant cases	19
3.1	Horizontal agreements.....	19
3.2	Vertical agreements.....	21
3.3	Abuse of dominant position	22
3.4	Economic concentrations.....	24
3.5	Promotion of competition	28
4.	New boost for competition policy (draft amendments of the Competition Defence Act).....	29
5.	Current situation.....	39
6.	Conclusions	40

NOTE

UNCTAD is the coordination centre for all issues relating to competition policy within the United Nations Secretariat. The goal of UNCTAD is to promote an understanding of the nature of competition law and policy and its contribution to the development and creation of a favourable environment for the efficient functioning of markets. The work of UNCTAD takes the form of intergovernmental discussions, training activities, policy advice and research and analysis on the relationship between policy and the development of competition.

The voluntary peer review of competition law and policy organised by UNCTAD is part of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (the "United Nations Set of Principles and Rules on Competition") agreed multilaterally and approved by the General Assembly in 1980. Among other things, this Set is designed to help developing countries to adopt and enforce effective competition defence laws and policies which are adapted to their development needs and their economic situation.

ACKNOWLEDGEMENTS

Voluntary peer reviews on competition law and policy are conducted at the annual meetings of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy and at the Inter-ministerial Conferences of the United Nations tasked with examining the United Nations Set of Principles and Rules on Competition. The substantive preparation is carried out by the Competition Policy and Consumer Protection Unit of UNCTAD, under the direction of Teresa Moreira, Director of the Competition and Consumer Protection Branch, in the Division on International Trade in Goods and Services and Commodities.

This report has been prepared for UNCTAD by Luis Berenguer Fuster, lawyer and member of the Advisory Group of Experts for the programme on Competition and Consumer Protection in Latin America (COMPAL). Juan Luis Crucelegui, Arnau Izaguerri and Valentina Rivas were responsible for the substantive support for and review of the report.

UNCTAD wishes to acknowledge the assistance of the National Commission for the Defence of Competition of Argentina, whose contribution to this report has been crucial, and to thank all those individuals and representatives of the various public and private institutions who were interviewed.

© 2017, United Nations

This work is available open access by complying with the Creative Commons licence created for intergovernmental organizations, available at <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

The findings, interpretations and conclusions expressed herein are those of the author and do not necessarily reflect the views of the United Nations or its officials or Member States.

The designation employed and the presentation of material on any map in this work do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the United Nations concerning the legal status of any country, territory, city or area or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers or boundaries.

The text was translated by Translate Plus. Any queries will be handled by Translate Plus who accepts responsibility for the accuracy of the translation.

Photocopies and reproductions of excerpts are allowed with proper credits.

United Nations publication issued by the United Nations Conference on Trade and Development.

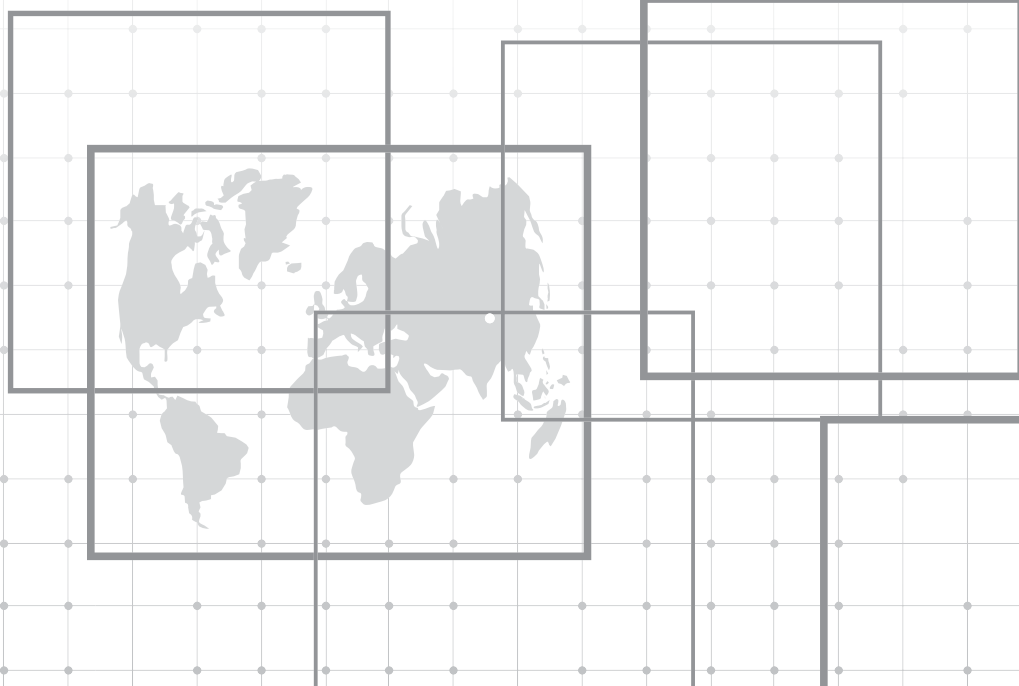
UNCTAD/DITC/CLP/2017/1



VOLUNTARY PEER REVIEW OF COMPETITION

LAW AND POLICY:

ARGENTINA





VOLUNTARY PEER REVIEW OF COMPETITION LAW AND POLICY:

ARGENTINA

