

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES INTERNACIONALES



APUNTES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE DEFENSA Y FOMENTO DE LA COMPETENCIA PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA

SEBASTIÁN HEREDIA QUERRO¹

RESUMEN

Este artículo analiza un proyecto de nueva Ley de Defensa y Fomento de la Competencia presentado al Congreso de la República Argentina por el partido oficialista. El proyecto de ley criminalizará ciertas conductas anticompetitivas, creará una Fiscalía especializada en estos delitos, un Tribunal administrativo de Defensa de la Competencia, una nueva Agencia de investigaciones *antitrust*. Se creará el Defensor del Pueblo Adjunto de los Consumidores y la Competencia. Se elevarán los umbrales de

¹ Abogado por la Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Magister en Derecho Empresario por la Universidad Austral, Argentina. Obtuvo el certificado *Program For Management Development* emitido por ESADE Law & Business School, Barcelona. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Comercial I y Derecho Comercial II en la Universidad Nacional de Chilecito, Argentina. Coordinador del Curso de Posgrado en Derecho Empresarial dictado en la Escuela de Negocios de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, Argentina. Dirección de contacto: sebastianherediaquerro@gmail.com. Avda. Duarte Quirós 559, 4to. Piso Of. "D", C.P. X5000ALK, Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, República Argentina.

notificación de concentraciones económicas así como las multas y sanciones por conductas prohibidas, incorporándose la prohibición de contratar con el Estado. Se tendrán en cuenta sanciones impuestas en el extranjero para graduar multas domésticas. Se incorporará un régimen de delación que incluye *Amnesty Plus*, y se receptorá la prohibición *per se* de ciertas conductas anticompetitivas, admitiéndose autorizaciones individuales y sectoriales. Se prevén importantes recompensas económicas a víctimas de conductas anticompetitivas que denuncien y obtengan una condena. Se introducirán presunciones absolutas y relativas de posición dominante, y la convocatoria obligatoria a audiencias públicas antes de resolver ciertos casos *antitrust*. Finalmente, en materia de responsabilidad civil se establecerá un microsistema similar al previsto en la Directiva 2014/104/EU, extendiéndose el beneficio de justicia gratuita a acciones individuales o colectivas *antitrust*.

Palabras clave: Defensa de la Competencia; Legislación; Criminalización del Derecho de la Competencia; Delación; Nueva Autoridad de la Competencia.

NOTES ON THE ANTITRUST BILL INTRODUCED IN ARGENTINA

ABSTRACT

This essay focuses on an anti-trust bill recently put forth in Congress by the coalition of parties aligned with President Macri. If enacted, this bill would criminalize certain types of anti-trust offenses, and would create a Specialized Prosecution Unit, an administrative anti-trust Tribunal, a new anti-trust investigation Agency, and a new Consumers and Competition Ombudsman. This bill would increase pre-merger notification thresholds, and would also increase fines and sanctions related to anti-competi-

tive conduct, incorporating the prohibition to contract with the State. Sanctions imposed abroad would also be taken into consideration in order to adjust Argentine fines. A leniency program would be put in place which would include Amnesty Plus, and per se prohibitions to be applied with respect to certain anti-competitive conducts, subject to certain individual and sector-specific safe harbors. Important economic rewards would be paid to any person who reported any anti-competitive conduct ultimately proven to be true. Rebuttable and non-rebuttable presumptions relating dominant positions would be incorporated, and mandatory public hearings would be held before adjudicating certain anti-trust cases. Regarding anti-trust liability, the bill would institute a legal micro-system based upon Directive 2014/104/UE, and both antitrust individual and class action claimants would be exempt from paying court fees.

Key words: *Antitrust Law; Criminal Prosecution; Leniency; New Competition Authority.*

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 6 de Mayo de 2016, la Diputada Nacional de la República Argentina Dra. Elisa Carrió presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación un proyecto de *Ley de Defensa y Fomento de la Competencia* (en adelante, referido como el Proyecto)².

2 El Proyecto, en su versión original presentada por la Diputada Carrió, pueden consultarse en el Expediente 2479-D-2016, y su texto original y su fundamentación pueden encontrarse *on line* al 13/07/16 en el siguiente link: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2479-D-2016>.

A la versión original del texto proyectado se efectuaron modificaciones en función de cambios acordados con otros Diputados que también integran la coalición de partidos políticos que actualmente gobierna la República Argentina (“Cambiamos”). A la fecha del presente, el proyecto aún no obtuvo dictamen de la Comisión

Advierta el lector que a la fecha en que se escribe este comentario, el Proyecto aún no ha recibido dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados, y aún no ha sido elevado a la Cámara de Senadores.

Hecha la advertencia que precede, este comentario analizará los aspectos salientes e innovadores del Proyecto, anticipando que el mismo procura —principalmente— modernizar la legislación *antitrust* argentina, pero también —de manera accesoria— fomentar la competencia y la creación de nuevas empresas (i.e., emprendimiento) en los sectores afectados por prácticas anticompetitivas.

2. ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El Proyecto se estructura en 23 Capítulos, totalizando 148 artículos: 21 Capítulos están dedicados a la defensa de la competencia —con 138 artículos, aproximadamente el 93% del texto legal—; mientras que 2 Capítulos están dedicados al fomento de la competencia —con 10 artículos, aproximadamente el 7% del texto legal—.

La Tabla I inserta a continuación indica los títulos de cada Capítulo, y los artículos que lo componen:

de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados, por lo que advierta el lector que el texto del Proyecto analizado en este artículo es pasible —al menos en teoría— de sufrir modificaciones en dicha Comisión, en la Cámara Baja, en el Senado y finalmente puede ser observado (i.e. vetado) en todo o en parte por el Poder Ejecutivo Nacional.

Advierta el lector que las referencias a artículos del Proyecto, son referencias a una versión del Proyecto que es posterior a la versión original obrante en el Expediente 2479-D-2016, y que ya incorpora cambios en función de acuerdos políticos alcanzados por Diputados que integran Cambiemos.

Capítulo I:	Objeto y Principios	Arts. 1-3
Capítulo II:	Concentración Económica	Arts. 4-16
Capítulo III:	Conductas Prohibidas	Arts. 17-20
Capítulo IV:	Posición Dominante	Arts. 21-22
Capítulo V:	Abuso de Posición Dominante	Arts. 23-25
Capítulo VI:	Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC)	Arts. 26-39
Capítulo VII:	Presupuesto del TNDC	Arts. 40-44
Capítulo VIII:	Agencia Nacional de Defensa y Fomento de la Competencia (ANDFC)	Arts. 45-59
Capítulo IX:	Registro Nacional de Defensa y Fomento de la Competencia	Arts. 60-61
Capítulo X:	Fondo de Fomento de la Competencia	Arts. 62-64
Capítulo XI:	Régimen de Fomento de la Competencia	Arts. 65-71
Capítulo XII:	Sanciones	Arts. 72-77
Capítulo XIII:	Procedimiento ante el TNDC	Arts. 78-99
Capítulo XIV:	Apelación en Sede Judicial	Arts. 100-101
Capítulo XV:	Régimen de Clemencia	Arts. 102-113
Capítulo XVI:	Régimen de Recompensa	Arts. 114-116
Capítulo XVII:	De las Acciones Penales	Arts. 117-125
Capítulo XVIII:	Régimen de Oportunidad Penal	Arts. 126-128
Capítulo XIX:	De la Responsabilidad Civil	Arts. 129-132
Capítulo XX:	Prescripciones	Arts. 133-135
Capítulo XXI:	Del Defensor del Pueblo Adjunto de los Consumidores y la Competencia	Arts. 136-137
Capítulo XXII:	De los Módulos Variables	Arts. 138-141
Capítulo XXIII:	Cláusulas Complementarias y Transitorias	Arts. 142-148

3. ASPECTOS INNOVADORES DEL PROYECTO.

Como se señaló *supra*, el Proyecto persigue la *defensa* y también el *fomento* de la competencia.

En relación a la *defensa* de la competencia, se innova respecto de la legislación preexistente en cinco aspectos relevantes, vinculados a cuestiones institucionales, regulatorias, sancionatorias, disuasorias e indemnizatorias.

3.1 INNOVACIONES EN LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES

En materia institucional, las siguientes son las innovaciones más trascendentes:

(i) Se vuelve a crear un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, TNDC), con carácter de organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Ministerio de Producción de la Nación. El Proyecto dedica los Capítulos VI, VII y XIII a regular la estructura, el presupuesto y el procedimiento ante el TNDC³;

(ii) Crea una nueva Agencia Nacional de Defensa y Fomento de la Competencia (en adelante, la ANDFC), en el ámbito del Ministerio de Producción de la Nación, que tendrá cuatro grandes áreas de trabajo: Investigación de Conductas Anticompetitivas, Análisis de Concentraciones, Fomento de la Competencia, y Opiniones Consultivas e Interacción Institucional —*Abogacía de la Competencia*—. El Proyecto le dedica a la ANDFC el Capítulo VIII;

(iii) Se encomienda al Área de Fomento de la Competencia de la ANDFC incentivar el *Emprendedurismo*, administrando distintos programas y fondos;

(iv) Crea el Defensor Adjunto de los Consumidores y la Competencia, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación⁴, dedicándole el Capítulo XXI;

3 La Ley 26.993, publicada en el Boletín Oficial el 19/09/14 derogó y dejó sin efecto los Arts. 17 a 22 de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, publicada en el Boletín Oficial el 20/09/99, lo que implicó en los hechos la derogación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que debía ser creado desde el año 1999. Vale resaltar que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que mandó crear la Ley 25.156 funcionaría en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación.

4 El Defensor del Pueblo de la Nación fue introducido a la Constitución Nacional de la República Argentina en la reforma constitucional del año 1994. El Art. 86 de la Constitución Nacional reza: “*El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la*

(v) Crea una Unidad Fiscal Especializada para la investigación de los delitos contra la Competencia (en adelante, UFE), en el ámbito de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (en adelante, PROCELAC)⁵, que será la encargada de autorizar el acogimiento al régimen de clemencia, e instar denuncias penales contra los responsables de delitos contra la competencia; y

(vi) Se prevé el llamado obligatorio a audiencias públicas no vinculantes por parte de la ANDFC o del TNDC, cuando actos administrativos o resoluciones del TNDC puedan afectar seriamente intereses de los consumidores, o del régimen de competencia⁶.

3.2 INNOVACIONES EN EL CONTROL DE CONDUCTAS Y DE ESTRUCTURAS DE MERCADO

En materia de control de conductas y estructuras, se innova en los siguientes aspectos:

(i) En relación al control estructural, se proyecta elevar sensiblemente el actual umbral de notificación de concentraciones económicas, llevándolo de los actuales y aproximados USD 14 Millones⁷, hasta una franja que podría rondar aproximadamente

Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.” El Proyecto bajo estudio modifica la Ley 24.284 que reglamenta la Defensoría del Pueblo de la Nación, incorporando el Art. 13 bis.

- 5 La PROCELAC fue creada por la Procuración General de la Nación mediante Resolución PGN n° 914/12.
- 6 Confr. Arts. 54, Art. 59 inc. 8), 91, 92, 93, y 94 del Proyecto.
- 7 Conforme al Art. 162 del Proyecto, el módulo variable que será utilizado por los próximos 2 años tendrá un valor entre un mínimo de AR\$ 30.000 (aprox. USD

los USD 29 a 49 Millones⁸, dedicándosele el Capítulo II al control de estructuras de mercado;

(ii) El Proyecto ratifica el control *ex ante* de todas las concentraciones económicas en Argentina, e introduce una obligación legal de notificar la concentración económica *previo* a cualquier intercambio de información comercial entre las partes⁹;

(iii) Establece una presunción *iuris tantum* de posición dominante si una compañía detenta un *market share* del 40%¹⁰; y se establece una regla *de minimis* por la cual se considerará que ninguna compañía tiene posición dominante si su *market share* es menor al 20% del mercado de que se trate;

(iv) En materia de conductas anticompetitivas prohibidas, el Capítulo III recepta de manera expresa la prohibición *per se* de ciertos actos y conductas realizadas entre empresas competidores,

2.142) y un máximo de AR\$ 50.000 (aprox. USD 3.571) cada módulo, según lo determine por resolución fundada la ANDFC. Las concentraciones económicas cuyo volumen de negocio alcance o supere los 10.000 módulos variables, deben ser notificadas previamente para su autorización.

8 El umbral de notificación vigente al 12/06/16 conforme al Art. 8 de la Ley 25.156 equivale aproximadamente a USD 14.285.714 Millones, según el tipo de cambio vendedor del Dólar Estadounidense informado al 12/06/16 por el Banco de la Nación Argentina (AR\$ 14 = USD 1). Confr. en <http://www.bna.com.ar/>.

9 En efecto, el Art. 6, 2do. párr., dispone que las concentraciones económicas deben ser notificadas para su control, previo al intercambio de *cualquier información comercial* entre las partes.

10 Esta presunción legal relativa de posición dominante deberá articularse con la prohibición legal expresa del abuso de posición dominante en un mercado, contenida en el Art. 11 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 01/08/15.

Asimismo, puede interpretarse que la prohibición expresa de las ventas atadas contenida en el Art. 1099 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cuyo texto reza: “*están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objeto*”) es sólo aplicable a empresas que, según la legislación especial, detenten una posición dominante, de la cual abusan al imponer el *tying* o el *bundling*.

y somete a la *regla de la razón* ciertos actos que sean realizados entre firmas no competidoras entre sí;

(v) Entre los actos corporativos sujetos a la *regla de la razón* (es decir, conductas entre firmas no competidoras entre sí), se incorporan y prohíben tres —relativamente nuevas¹¹— conductas que pueden ser ejecutadas de manera unilateral o concertada: aumentos artificiales e injustificados de precios; discontinuar o desviar el abastecimiento normal de bienes y servicios a un región, y abandonar o destruir cultivos o plantaciones sin justa causa;

(vi) Se permite expresamente que la o las empresas denunciadas —que no sean competidores entre sí— puedan acreditar ganancias de eficiencia y efectos *procompetitivos* de determinadas conductas¹², y, correlativamente, se incorpora un procedimiento de consulta al TNDC y autorización previa individual de conductas que puedan ser consideradas anticompetitivas¹³, previéndose la posibilidad que el TNDC autorice —a pedido de la ANDFC y con alcance general—, conductas que no se consideran anticompetitivas, al estilo *safe harbors* frecuentemente utilizado en otras jurisdicciones¹⁴; y

(vii) Faculta a la Inspección General de Justicia de la Nación (en adelante, IGJ) —organismo que ejerce el contralor de sociedades comerciales— a requerir al TNDC una resolución decla-

11 La Ley 20.680, del año 1974, llamada Ley de Abastecimiento, ya estipulaba sanciones para quienes elevaren artificial o injustificadamente los precios (Art. 4, inc. a), destruyeren mercaderías (Art. 4, inc. e) y desviaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada (Art. 4, inc. g), entre otras conductas reprimidas.

12 Confr. Art. 19 *in fine* del Proyecto.

13 Confr. Art. 20 del Proyecto.

14 Para profundizar sobre la operatividad y funcionamiento de los *safe harbors*, consultar Carlton, Dennis W. y Waldman, Michael, “*Safe Harbors for Quantity Discounts and Bundling*”, Departamento de Justicia de EE.UU., División Antitrust, Enero, 2008, disponible al 07/08/16 en <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/03/17/230712.pdf>.

rativa de certeza cuando IGJ tenga dudas sobre si una operación determinada debe o no ser previamente notificada al TNDC, y otorga a éste el plazo de 1 año para requerir a las partes involucradas la notificación de la operación¹⁵, por lo que se incorpora en la República Argentina un supuesto expreso y excepcional de control de concentración económica *ex post facto*.

3.3 INNOVACIONES EN LOS ASPECTOS SANCIONATORIOS

En materia sancionatoria, los cambios fundamentales son los siguientes:

(i) Principalmente, se vuelve a criminalizar el Derecho de la Competencia¹⁶, creándose cuatro figuras penales¹⁷, otorgándose una amplia legitimación activa para denunciar los ilícitos tipificados, y legitimando la competencia histórica del fuero Penal Económico¹⁸ para revisar sanciones penales que resulten impuestas;

15 Confr. Art. 10 del Proyecto.

16 La Ley 25.156 del año 1999 derogó los tipos penales contenidos en la Ley 22.262 del año 1980, descriminalizando las prácticas anticompetitivas en la República Argentina.

17 Los Arts. 121 a 125 del Proyecto tipifican cuatro delitos, con penas de prisión cuyos mínimos y máximos oscilan entre 1 y 6 años, previéndose inhabilitaciones absolutas para los condenados por el doble de la condena, en todos los casos.

18 La Ley 26.993 publicada en el Boletín Oficial el 14/09/14 modificó los Art. 53 y 56 de la Ley 25.156, disponiendo la jurisdicción de una nueva Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo como instancia revisora de las sanciones administrativas impuestas por la actual Secretaría de Comercio Interior, y derogando la aplicación supletoria del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación a los casos no previstos por la Ley 25.156.

Por efecto de estas reformas, se “des-criminalizó”, una vez más, el Derecho de la Competencia en la República Argentina. El Proyecto de la Diputada Carrió retoma la senda correcta, al volver a criminalizar ciertas conductas anticompetitivas, y disponer la jurisdicción revisora de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (domicilio en el cual se encuentran inscriptas las sedes de muchas de las grandes empresas argentinas y extranjeras), disponiendo la aplicación supletoria del Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación para todos los casos no previstos en el Proyecto.

(ii) En general, el Capítulo XII eleva considerablemente las sanciones de multa por conductas anticompetitivas concertadas y por abuso de posición dominante, incrementándose los topes máximos de multa entre un 1000% y 1550% respecto de los topes actualmente vigentes¹⁹. En caso de reincidencia de personas jurídicas dentro de los últimos 5 años, los montos máximos y mínimos de multa pueden duplicarse²⁰;

(iii) Se aumenta notablemente la multa por falta de notificación tempestiva de concentraciones económicas, fijándose una multa diaria cuyo valor máximo rondaría entre los U\$D 428.571 y los U\$D 714.285 Miles de Dólares por cada día de atraso en la notificación previa²¹;

(iv) Se dispone que las multas solidariamente impuestas a funcionarios de la empresa sancionada (i.e. directores, gerentes, administradores, síndicos, mandatarios, representantes legales) no pueden ser pagadas por la persona jurídica sancionada, ni por sus firmas controlantes o controladas, ni por sus accionistas; y

(v) Se incorpora la exclusión de registros de proveedores del Estado como sanción adicional a la multa, tanto para casos de *bid rigging* —donde la prohibición de contratar con el Estado puede llegar hasta los 8 años— como para casos de abusos de posición dominante —donde la prohibición de contratar con el Estado puede llegar hasta 5 años—.

19 El Art. 46 inc. b) de la actual Ley 25.156 establece que las multas por conductas anticompetitivas y por abuso de posición dominante tienen un importe máximo de AR\$ 150.000.000 (USD 10.714.285 Millones). El Proyecto, en su Art. 72 inc. b) dispone que el tope de multa por dichas conductas será 50.000 módulos variables. Ver *supra* nota 6.

20 Confr. Art. 76 del Proyecto.

21 El actualmente vigente Art. 46 inc. d) de la Ley 25.156 dispone una multa diaria con un tope de U\$D 71.428 por día (AR\$ 1.000.000,00), que se devenga desde el vencimiento de la obligación de notificar la concentración económica, hasta la fecha de cumplimiento de la obligación.

3.4 INNOVACIONES EN LOS ASPECTOS DISUASORIOS

En materia de *deterrence*, puede resaltarse lo siguiente:

(i) Junto con la criminalización del Derecho de la Competencia, desde el punto de vista de la disuasión se innova al facultar expresamente al TNDC a tener en cuenta los antecedentes extranjeros de la firma bajo investigación a la hora de graduar la multa por conducta anticompetitiva realizada en la República Argentina;

(ii) Se crea un régimen de clemencia regulado en el Capítulo XV, que ofrece inmunidad penal total e inmunidad civil relativa²², que será administrado en conjunto por el TNDC y la UFE²³, y que contempla un esquema de *amnesty plus*²⁴;

(iii) Se crea un régimen de recompensa regulado en el Capítulo XVI, por el cual la ANDFC puede solicitar al TNDC que, *previo al inicio de la instrucción* y por resolución fundada, destine hasta 1/5 de la eventual multa impuesta por conducta anticompetitiva a favor de la persona que hubiera denunciado la conducta en cuestión; y

(iv) Se establece un régimen de oportunidad penal en el Capítulo XVIII, administrado por la UFE, quien hará saber al Juez penal competente²⁵ que determinadas personas son candidatas al

22 La inmunidad civil que ofrece el régimen de clemencia proyectado es relativa, por cuanto no exime de responsabilidad civil producto de acciones judiciales individuales o colectivas iniciadas por los clientes directos de la firma que se acoga al régimen de clemencia.

La inmunidad civil sí protegerá contra acciones civiles iniciadas por clientes de las otras firmas involucradas en la conducta anticompetitiva delatada.

23 El régimen es de aplicación administrativa por el TNDC —quien puede o no otorgar el beneficio—, pero también participa la UFE, quien debe autorizar al TNDC para incorporar a una persona física al régimen de clemencia del Proyecto. Confr. Art. 104 del Proyecto.

24 Confr. Art. 107 del Proyecto.

25 Confr. Art. 126 del Proyecto.

régimen de oportunidad penal, por haberse acogido al régimen de clemencia que crea el Proyecto.

3.5 INNOVACIONES EN LOS ASPECTOS INDEMNIZATORIOS.

En materia indemnizatoria el Proyecto también innova:

(i) El Capítulo XIX regula la indemnización de daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas, en sintonía con la Directiva 2014/104/EU;

(ii) El Proyecto dispone la responsabilidad solidaria de todas las personas jurídicas y humanas partícipes de una conducta anticompetitiva sancionada por el TNDC, con la única excepción prevista para la inmunidad civil relativa a favor de quienes hayan colaborado en la investigación amparados en el régimen de clemencia;

(iii) El derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios se ejerce conforme al Derecho común (i.e. nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015) y ante el juez competente en la materia;

(iv) Se regula la litigación colectiva en sintonía con lo previsto por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario del año 1993;

(v) Se reconoce el beneficio de la *justicia gratuita* a favor de personas jurídicas o humanas que inicien acciones individuales o colectivas donde se peticione indemnización de daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas, beneficio que incluye la eximición de costas causídicas para el caso de no resultar acogida la demanda de manera favorable²⁶;

26 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de acciones individuales y colectivas por violación a la Ley 24.240 —de Defensa del Consumidor y del Usuario, de 1993— ha sentado que el beneficio de justicia gratuita incluye no sólo la tasa de justicia (impuesto de justicia), sino también las costas del proceso en caso de resultar perdedoso. Esta interpretación sería aplicable a las acciones individuales o colectivas por violación a la Ley de Defensa y Fomento de la Competencia que impulsa la Diputada Carrió, sea que se trate de demandas individuales o de acciones de grupo, iniciadas por personas humanas o personas jurídicas.

(vi) Se fija un plazo de prescripción de 5 años por violaciones a esta Ley, plazo que se interrumpe por denuncia, por comisión de otro hecho violatorio de esta Ley, o por la solicitud de acogimiento al régimen de clemencia; y

(vii) Se fija un plazo de prescripción de 1 año para iniciar acciones civiles de indemnización, tanto individuales como colectivas, contado desde que la sanción administrativa sea confirmada en sede judicial.

3.6 EN RELACIÓN AL FOMENTO DE LA COMPETENCIA

Finalmente, en materia de fomento de la competencia el Proyecto innova en lo siguiente:

(i) Los Capítulos X y XI del Proyecto están dedicados a fomentar la competencia y a impulsar el Emprendimiento como forma de contrarrestar la concentración de ciertos mercados. Para ello, la nueva ANDFC tendrá un área específica dedicada al *fomento de la competencia*, y administrará el Fondo de Fomento de la Competencia (en adelante, el FFC), planificará políticas para impulsar la competencia a través de la inclusión de la defensa de la competencia en los planes de educación media, e incentivando y apoyando la creación de nuevas empresas a través de capacitación, asesoramiento y financiamiento; y

(ii) Destáquese que el FFC se integrará —entre otros recursos— con las multas impuestas por el TNDC, y su finalidad es ampliar la cantidad de competidores en todos los mercados de la República, siendo el soporte financiero del Régimen de Fomento de la Competencia (en adelante, RFC). En cumplimiento del RFC, la ANDFC está obligada a otorgar préstamos —utilizando los fondos obtenidos por multas por conducta anticompetitiva— a empresas que operen en los mismos mercados en los cuales se hayan sancionado conductas anticompetitivas.

4. HACIA UNA CONCEPCIÓN MULTIDIMENSIONAL DEL INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El Art. 1 del Proyecto declara que el objeto de la Ley es preservar el interés económico general, a través de la defensa y del fomento de la libre competencia.

Nótese que el interés económico general es un concepto ya conocido en la legislación argentina: el Art. 1 de la actual Ley 25.156 también lo identifica como el bien jurídico a proteger, y también lo hacía la anterior Ley 22.262²⁷.

Ahora bien, el Art. 3 del Proyecto provee una serie de *principios* llamados a actuar como pautas hermenéuticas complementarias para definir —en cada caso concreto— qué debe entenderse por interés económico general:

(i) Fomentar la libre competencia de modo tal que resulten mejores condiciones para los consumidores —excedente del consumidor— y para las empresas²⁸ —excedente del productor—;

27 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Tomo I, Bs. As., Ed. Heliasta, 2005, págs. p. 253, sostiene que la redacción utilizada tanto por la Ley 22.262 como por la Ley 25.156 pareciera limitar el concepto “*interés económico general*” a los aspectos estrictamente económicos del interés general, diferenciándose en este punto la legislación argentina de la legislación norteamericana, donde las leyes *antitrust* persiguen fines que exceden los puramente económicos.

28 Debe señalarse que el texto original del Proyecto presentado por la Diputada Carrió (Expte. 2479-D-2016) estipulaba en su Art. 3, inc. a) que el fomento de la competencia debía generar mejores condiciones para los consumidores, sin hacer referencia a las empresas. O dicho de otro modo: se identificaba el interés económico general al excedente del consumidor, a secas.

Fruto de la negociación política con otros Diputados oficialistas, se incluyó a las empresas como beneficiarias del fomento de la libre competencia, lo que implica, en los hechos, también tener en consideración el interés del productor a la hora de resolver casos *antitrust*.

Vale resaltar que en este punto fue también tenida en cuenta la nueva Ley de Competencia de El Salvador, cuyo Art. 1 declara que el fin tenido en miras es, en primer término, incrementar la “eficiencia económica” y, en segundo término, el “bienestar de los consumidores”.

(ii) Impulsar la desconcentración económica y limitar el poder de mercado, el abuso de posición dominante y las distorsiones en la economía;

(iii) Proteger las condiciones competitivas y de eficiencia²⁹ en los mercados para promover el bienestar social;

(iv) Promover la buena fe y la transparencia en el clima de negocios;

(v) Incentivar las inversiones y la innovación técnica y tecnológica; y

(vi) Fomentar el consumo y la productividad sustentables³⁰.

Pues bien, en caso que el Proyecto sea vuelto Ley por el Congreso de la República, todo parece indicar que se adoptará un enfoque multidimensional³¹ a la hora de resolver casos *antitrust*,

29 Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, Bs. As., 2da. Edición, Ed. Ciudad Argentina, 2009, p. 89, señala que la identificación del objetivo de las leyes *antitrust* con la “eficiencia económica” —medida en términos de excedente total de los agentes económicos— tiene un apoyo muy grande entre los economistas. Señala asimismo el autor que en casos de colusión, exclusión de competidores, y en ciertos abusos explotativos de posición dominante, se afecta por igual a la eficiencia económica como al excedente del consumidor.

En cambio, en ciertos casos de discriminación de precios, concentraciones económicas, y precios predatorios, el excedente del consumidor puede colisionar con la eficiencia económica, cuando el excedente total —si bien se incrementa— puede ser obtenido a costas de un detrimento del interés del consumidor.

La Ley Peruana de represión de conductas anticompetitivas de 2008, en su Art. 1, declara que su finalidad es “promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”. Esta fórmula permite “combinar” la eficiencia económica y el interés de los consumidores, en casos en los que debe ser aplicada el *rule of reason*.

30 Téngase en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor el 1 de Agosto de 2015, dispone en su Art. 1094: “*Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.*” (el resaltado me pertenece).

31 Cabanellas, o.c., p. 286 propone también un enfoque multidimensional del interés económico general, que incluye un análisis de los efectos de la conducta

ya que promover la buena fe y la transparencia en el clima de negocios, incentivar las inversiones y la innovación, y fomentar el consumo y la productividad sustentables son conceptos extra-económicos, que deberán ser especialmente tenidos en cuenta a la hora del *enforcement* de esta nueva legislación.

En este sentido, debe señalarse que desde el año 1993 la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina interpreta que el perjuicio al interés económico general tutelado por las leyes de protección de la competencia es un perjuicio potencial, y no uno actual, y sentenció que se sancionan conductas de empresas de las “*que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*”, es decir que no se requiere necesariamente que ese gravamen exista, sino que bastará que tal proceder tenga aptitud para provocarlo, tratándose en la especie de un delito de peligro³².

5. CONCLUSIONES

En tan solo tres años más, se cumplirá un Cuarto de Siglo desde que la Constitución Nacional de la República Argentina —en su reforma del año 1994— obligó a las autoridades argentinas a

sobre: (i) la productividad tanto en el sector directamente afectado como en otros vinculados; (ii) el nivel técnico y la formación profesional; (iii) la distribución geográfica de la producción y de la población; (iv) la defensa nacional; (v) el comercio internacional; (vi) el empleo; y (vii) los consumidores. También se declaran a favor de un enfoque amplio del interés económico general Carbajales, Mario y Marchesini, Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2002, p. 70, quienes sostienen que “*en el espíritu de la L.D.C. subyace un carácter no meramente económico del interés general protegido por la ley*” y que “*el “interés económico general” es un concepto mucho más amplio que el de “eficiencia económica,” formando el mismo parte del concepto de “bien común.”*” También consultar en el mismo sentido a Nazar Espeche, Félix, Defensa de la Competencia, Bs. As., Ed. Depalma, 2001, p. 34.

32 *In re* “A. Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A. y otros”, del 23/11/1993, publicado en LA LEY 1994-C, 279.

defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados³³.

En cumplimiento de tal manda constitucional, cinco años después el Congreso aprobó la Ley 25.156 —promulgada el 16 de Septiembre de 1999—, y obligó al Poder Ejecutivo Nacional a constituir un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia integrado por siete miembros calificados, designados por el Presidente de la Nación, previa celebración de un concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado muy representativo³⁴. Debe también destacarse que esta Ley del año 1999 también introdujo por vez primera el control estructural en la legislación *antitrust* Argentina, y descriminalizó el Derecho de la Competencia en materia de control de conductas anticompetitivas.

33 La Constitución Nacional de la República Argentina, reformada en el año 1994, en su Art. 42, reza: “Art. 42. *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

*Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, **a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados**, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.*

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.” (el resaltado me pertenece)

34 El Art. 19 de la Ley 25.156 del año 1999 disponía: “*Los miembros del Tribunal serán designados por el Poder Ejecutivo nacional previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado integrante por el procurador del Tesoro de la Nación, el secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos de la Nación, los presidentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.*”

Lamentablemente, desde el año 1999 hasta el año 2014, el Poder Ejecutivo Nacional no quiso desprenderse del poder político que otorgaba tener el poder de veto —ejercido indirectamente mediante la Secretaría de Comercio Interior— respecto de las concentraciones económicas en el país.

Posiblemente sincerando esta vergonzosa realidad institucional, la Ley 26.994 —promulgada el 18 de Septiembre de 2014— derogó y dejó sin efecto la obligación de constituir el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia³⁵.

Como consecuencia de lo expuesto, esta flagrante inacción de más de 15 años del Poder Ejecutivo Nacional, sumado a un Congreso sumiso y dócil —que ignoró la manda constitucional de defender la competencia mediante la sanción de leyes que crearán un marco institucional adecuado—, ha cercenado seriamente el derecho constitucional de todos los ciudadanos y empresarios Argentinos a tener mercados competitivos, no distorsionados, y eficientes.

Si el anhelo de construir una República más Justa y más Constitucional calase profundamente en el honor de los renovados miembros del Congreso de la Nación Argentina, entonces —quizás— durante el próximo mes de Septiembre podamos presenciar un esperado y necesario renacer de la Defensa de la Competencia en la República Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Tomo I, Bs. As., Ed. Heliasta, 2005, págs. 253-290.

Carbajales, Mario y Marchesini, Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2002, p. 70-95.

35 Ver *supra*, nota 2.

- Carlton, Dennis W. y Waldman, Michael, “*Safe Harbors for Quantity Discounts and Bundling*”, Departamento de Justicia de EE.UU., División Antitrust, Enero, 2008, disponible al 07/08/16 en <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/03/17/230712.pdf>.
- Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, Bs. As., 2da. Edición, Ed. Ciudad Argentina, 2009, p. 89-120.
- Nazar Espeche, Félix, *Defensa de la Competencia*, Bs. As., Ed. Depalma, 2001, p. 34-80.