

## COMENTARIO A LAS PRINCIPALES REFORMAS DEL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SU RACIONALIDAD ECONÓMICA Y EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO\*

EDUARDO STORDEUR (H) Y PABLO TREVISÁN\*\*

**Resumen:** Este artículo tiene por finalidad presentar las principales reformas contenidas en el proyecto de ley de defensa de la competencia, mostrando su racionalidad y atractivo, en particular la ventaja que estas tienen sobre las reglas e instituciones actualmente vigentes. Es decir, se busca desarrollar no solo el típico comentario informativo acerca del cambio legislativo, algo muy útil, por cierto, sino además explicar la racionalidad de las principales reformas, en buena medida en base a la experiencia del derecho comparado y el análisis de los incentivos.

**Palabras clave:** ley de defensa de la competencia – principales reformas – racionalidad económica

**Abstract:** This article aims to present the main reforms contained in the defense of competition draft bill, showing its rationality and attractiveness, in particular the advantage they have over the rules and institutions currently in force. That is, it seeks to develop not only the typical informative comment about the legislative change, something very useful, of course, but also to explain the rationality of the main reforms, largely based on the experience of comparative law and the analysis of the incentives.

\* Recepción del original: 28/09/2017. Aceptación: 15/10/2017.

\*\* Eduardo Stordeur (h) es profesor de grado y Doctorado en la UBA, profesor regular y Director del Master en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella y Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Pablo Trevisán es Profesor de Derecho de la Competencia en el programa Master en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella y en la UCA. Es Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y ha dictado clases y conferencias de Derecho de la Competencia en otras varias instituciones locales y extranjeras.

**Keywords:** defense of competition draft bill – main amendments – economic rationale

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la defensa de la competencia ocupa un lugar cada más relevante en el derecho y políticas públicas comparadas. En las últimas décadas, casi todos los países del mundo han legislado sobre la materia y establecido agencias especializadas como autoridad de aplicación, en su gran mayoría colegiadas e independientes del poder político.

El caso de la Argentina, como sucede en muchos campos de políticas públicas es algo paradójico: fue uno de los primeros países en sancionar una entonces moderna ley antimonopolio durante la década del 20 y, sin embargo, a la fecha está rezagada en materia legislativa, comparada con otros países, incluyendo a algunos de la región como Chile, Brasil o México, en el sentido de que muchas instituciones que se han mostrado de enorme utilidad en la práctica, están ausentes de la ley de competencia vigente en nuestro país.

En efecto, en 1923 se sancionó la primera ley de competencia en la Argentina, la que fue reformada en 1946. Estas no tuvieron mayor aplicación práctica. Fue en 1980, sin embargo, cuando por primera vez se sancionó una ley de defensa de la competencia en sentido moderno (ley 22.262), que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”). La última reforma sustancial tuvo lugar en 1999, mediante la ley 25.156, actualmente vigente, aunque con importantes reformas posteriores. Esta última reforma implicó un avance significativo en materia de derecho de competencia en la región, especialmente con la introducción de un tribunal de competencia independiente (nunca puesto en vigencia) y la introducción del control de concentraciones económicas.

La última reforma tuvo lugar en 2014 que principalmente abolió el tribunal e introdujo una variedad de reformas a la ley 25.156, ninguna de la cuales está alineada con las mejores prácticas comparadas en la disciplina. Lamentablemente, esta última reforma, trasnochada, inconveniente e innecesaria en nuestra opinión, no tuvo el más mínimo debate entre los legisladores y comisiones del Congreso.

Puesto en otros términos, la Argentina carece de una ley moderna y efectiva de defensa de la competencia: la legislación actual no cuenta

con ciertas instituciones que, en los hechos, han demostrado ser competentes y exitosas en derecho y política de competencia comparadas y que gozan de unánime aceptación entre los expertos a nivel internacional.

Por ese motivo, en agosto de 2016, luego de un intenso trabajo de meses donde se contó con la colaboración de expertos locales y extranjeros de destacada trayectoria, la CNDC contribuyó a la redacción de un proyecto de ley de defensa de la competencia que incorporó las mejores prácticas en la disciplina, pero reconociendo al mismo tiempo la experiencia local de las últimas décadas.

En líneas más generales, el proyecto tiene por finalidad (i) incrementar la disuasión, introduciendo sanciones más significativas y de aplicación más probable que en la actualidad; (ii) la creación de un moderno programa de clemencia, una herramienta vital para la detección y prevención de acuerdos entre competidores, que en general ha mostrado resultados exitosos en otros países, con algunas escasas excepciones; (iii) la implementación de un genuino sistema de control de concentraciones previo, como rige en la mayor parte de los países y que constituye una regla central para prevenir concentraciones económicas que con alto valor de probabilidad pueda poner en riesgo la competencia; (iv) la creación de una autoridad independiente del poder político, algo también frecuente en los países con alta calidad institucional y que se considera un pilar fundamental para el buen funcionamiento del derecho de la competencia y (v) reforzar la implementación de reglas aplicables a las acciones privadas por daños ocasionados como consecuencia de conductas anticompetitivas, también en línea con exitosas experiencias internacionales.

Este artículo tiene por finalidad presentar las principales reformas contenidas en el proyecto de ley presentado en el Congreso, mostrando su racionalidad y atractivo, en particular la ventaja que estas tienen sobre las reglas e instituciones actualmente vigentes. Es decir, se busca desarrollar no solo el típico comentario informativo acerca del cambio legislativo, algo muy útil por cierto, sino además explicar la racionalidad de las principales reformas, en buena medida en base a la experiencia del derecho comparado y el análisis de los incentivos.

Con esa finalidad, inicialmente se presenta una breve y simple idea sobre el contenido y meta central del derecho de defensa de la competencia, a los fines de introducir al lector no especializado o familiarizado con esta área, tan específica y poco corriente del sistema legal. La segunda parte del

artículo introduce las reformas y explica su racionalidad y necesidad, para finalmente cerrar con las conclusiones.

## II. BREVE NOTA SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El derecho de defensa de la competencia consiste en una parte del sistema legal que tiene como meta central proteger el proceso competitivo en los mercados con la finalidad central, aunque no excluyente para todos los casos de derecho comparado, de evitar perjuicios a los consumidores.<sup>1</sup>

Otro modo de poner el asunto es que establece (vía sanciones) un sistema de precios por violar el proceso competitivo del mercado, sea por medio de abuso de posición dominante o acciones coordinadas con otros competidores, de modo tal de inducir a que los operadores del mercado desarrollen acciones que no afecten la competencia en los mercados. Con independencia de ciertos tecnicismos económicos muy útiles, la idea central se puede traducir de manera muy simple: la competencia favorece a los consumidores por medio de mayor cantidad, variedad y mejores precios de productos. La finalidad del derecho de la defensa de la competencia no es lograr una meta determinada (como un precio o una cantidad determinada de producción en un mercado) sino, como los árbitros en los deportes, asegurar el proceso más que el resultado.

Con esta finalidad una típica agencia de competencia o antimonopolios desarrolla las siguientes actividades, normalmente reguladas por la ley de competencia y legislación complementaria: (i) investiga denuncias por conductas anticompetitivas en los mercados o bien la inicia cuando tiene indicios de la misma en algún mercado; (ii) analiza ciertas operaciones de concentración económica traídas a su análisis, cuando estas cumplen ciertos requisitos preestablecidos en el marco legal aplicable,

1. Otras metas como por ejemplo la protección de las pequeñas empresas o la consolidación de un mercado común, por ejemplo, en Europa, han constituido metas del derecho de la competencia. Pero modernamente hay cierta convergencia, probablemente asociada al mayor empleo de teoría económica en derecho de la competencia, a reconocer el bienestar de los consumidores como la meta central del derecho de la competencia. Probablemente, la agencia que de modo más claro se separa de esto en la actualidad, adoptando como meta eficiencia de los mercados en general (y por lo tanto incluyendo el bienestar de los productores y no solo de los consumidores) es el caso del derecho de la competencia en Canadá.

a los fines de aprobar, condicionar o rechazar dichas operaciones, según corresponda.

Hay una variedad de diferencias según el país, pero en general una de las metas del derecho de la competencia es sancionar "abusos de posición dominante" en el mercado o bien "actos de monopolización" de los mercados, evitando que un oferente con alto poder de mercado adopte acciones que eliminen la competencia actual o potencial. Naturalmente, por lo tanto, acoge denuncias respecto de estas conductas o bien inicia investigaciones de oficio a los fines de determinar, y eventualmente sancionar, acciones que afectan la competencia en los mercados.

Simplificando de manera conveniente el asunto, estas conductas pueden ser producto de acuerdos entre competidores para no competir, como el caso de un cartel de precio o reparto de mercados o bien conductas anticompetitivas de tipo unilateral, más conocidas en nuestra tradición como abuso de posición dominante.

Un ejemplo intuitivo y conocido (que rara vez se presenta o al menos se sanciona en la práctica en derecho local y comparado contemporáneo) es por ejemplo el caso de los precios predatorios que ocurren cuando un competidor que detenta una porción grande del mercado baja el precio por debajo del costo de proveer el bien o el servicio con la finalidad de excluir actuales o evitar nuevos competidores del mercado, para luego incrementar el precio y obtener la mayor ganancia derivada del monopolio. La agencia, en nuestro caso la CNDC y el Secretario de Comercio, instruyen verdaderos procedimientos destinados a examinar si se ha infringido la ley de competencia en cuyo caso se impone una pena, usualmente una multa, lo que es más frecuente en todas las agencias del mundo.

La segunda actividad central que tiene una agencia consiste en examinar *ex ante* las concentraciones económicas entre empresas, tales como fusiones o adquisiciones de acciones o determinados activos que califiquen conforme ciertos requisitos, como un umbral mínimo de valor de la operación, con la finalidad de prevenir concentraciones que potencialmente y con alto grado de probabilidad puedan tener efectos anticompetitivos. En general, la mayor parte de las agencias, lógicamente, aprueban la mayor parte de las transacciones, solo desafiando unas pocas que presentan problemas potenciales a la competencia y, usualmente, recomendando distintos "remedios" (como desinvertir o modificar la estructura de gobierno de una firma) con la finalidad de evitar estos efectos anticompetitivos.

A diferencia de los procedimientos que tienen por finalidad examinar la eventual comisión de una conducta anticompetitiva, que genera incentivos *ex post* para cuidar el proceso competitivo de los mercados, el control de fusiones busca un control *ex ante*, es decir, prevenir efectos anticompetitivos, antes que remediarlos, como en el caso anterior. Esta actividad, desde luego, está regulada centralmente por la ley de competencia.

Finalmente, para simplificar, una agencia de competencia, como la CNDC, en el caso de la Argentina, también elabora estudios económicos a los fines de detectar problemas de competencia en los mercados, eventualmente efectúa recomendaciones a otros poderes del estado con la finalidad de adaptar la legislación a los fines de proteger el proceso competitivo y desarrolla actividades de promoción de la competencia.

### III. PRINCIPALES REFORMAS DEL PROYECTO DE LEY

Conviene ahora examinar la naturaleza de las reformas más importantes del proyecto de ley, que conforme la opinión de expertos nacionales y extranjeros (incluyendo la opinión de organizaciones como la International Bar Association, IBA, y la American Bar Association, ABA) implicaría una mejora sustancial respecto de la legislación actualmente en vigencia.

En este apartado, vamos a explicitar el contenido de las reformas más importantes y explicar las razones que explican y justifican su introducción en el proyecto de ley. A fines de limitar el presente trabajo solo a los aspectos sustanciales vamos a referir a las reformas centrales del proyecto.

#### III.A. Reformas vinculadas al control de concentraciones

La idea central del procedimiento de control de fusiones consiste en prevenir fusiones o transferencias accionarias o de activos que puedan, con alta probabilidad, resultar en una disminución de los niveles de rivalidad en los mercados.

En los Estados Unidos, existe una larga tradición en el asunto: ya el artículo 7 de la Ley Clayton de 1914, prohibió las fusiones y adquisiciones que afecten o reduzcan la competencia. Luego la ley Hart Scott Rodino (HSR) fue sancionada en 1976 en dicho país a los fines de que las agencias puedan efectuar el control *ex ante*, es decir antes de que la operación

se perfeccione. La idea central es que bloquear o restituir la competencia una vez que una concentración anticompetitiva ha sido realizada resulta demasiado complicado.

Desde luego que esto tiene costos: la demora posible en transacciones ventajosas para la sociedad, el mayor costo administrativo de la agencia que debe examinar contra reloj las concentraciones, son elementos que se deben tener en cuenta y minimizarlos dentro de lo posible.

En tanto que el mismo consiste en un procedimiento de tipo preventivo, el ideal del procedimiento de control de fusiones sería que opere de manera previa a la consumación de la concentración económica y no a posteriori como, en gran medida, sucede bajo el régimen de conductas. De otro modo, los costos que se desean evitar, asociados al control *ex post*, son demasiados altos para la sociedad cuando se determina que una determinada operación debe ser bloqueada o condicionada, luego de su consumación.

El problema con un sistema de control que funciona *ex post*—como en la práctica ha sucedido en la Argentina, producto de una errada aplicación del art. 8 de la ley 25.156 y otras falencias sistémicas, como ser las consecuencias directas e indirectas de nunca haber sido puesto en funcionamiento el tribunal independiente creado en 1999— es que introduce buena parte de los costos y elimina en gran medida los beneficios de un procedimiento preventivo o prospectivo, haciendo al procedimiento menos atractivo y poco eficiente.

Bajo un sistema de control *ex ante* genuino, las partes tienen importantes incentivos para cooperar puesto que la demora en proveer la información relevante a la agencia corre a su costa, ya que hasta tanto la autoridad de competencia se expida, la transacción en cuestión no puede cerrarse o consumarse. Es decir, la demora consecuencia de falta de información, la paga la empresa.

En un sistema de control *ex post* la demora la paga la sociedad y probablemente, por costo de agencia, en algunos casos, las empresas, que deben afrontar costos más altos (como por ejemplo, honorarios más elevados a sus abogados y consultores). De esta forma, los costos se incrementan y las dilaciones en los procedimientos son frecuentes, en buena medida, porque no existen los incentivos necesarios para que el procedimiento concluya en un tiempo breve, incrementándose así los costos privados y, peor aún, los costos sociales del procedimiento *ex post*.

Uno de los principales beneficios, entonces, es prevenir concentraciones anticompetitivas preservando el status anterior al de la operación de

la concentración, situación que no se verifica con los posibles altos costos que implicaría *–a posteriori* del cierre de la operación de concentración en cuestión– adoptar remedios estructurales, los que pueden ser altamente costosos para las partes y la sociedad en general. Después de integradas las firmas, puede ser altamente costoso o inviable imponer un remedio estructural, luego de, por ejemplo, el cierre de una fábrica, discontinuidad de producción de determinados productos, el empleo conjunto de redes de distribución, o cualquier otra de estas medidas que pueden ser altamente costosas de retrotraer.

Bajo la actual legislación, la notificación prevista en la ley 25.156 puede ser posterior (hasta una semana) a la toma de control de la empresa. Esta redacción del primer párrafo del artículo 8 de la ley 25.156, es de carácter procesal, pero en la práctica ha implicado una (errada) modificación de la segunda oración de dicho artículo 8, que es de carácter sustancial. Como manifestáramos anteriormente, ello se ha producido en buena medida por los largos tiempos de la CNDC para el análisis y la resolución de operaciones de concentración traídos a su conocimiento durante el período 2003-2015, además de la ambigüedad del referido texto del primer párrafo del artículo 8 de la presente ley<sup>2</sup> y por nunca haber sido puesto en funcionamiento en tribunal independiente creado por la ley en 1999.

De ese modo lo que probablemente fue pensado como "control previo" quedó en los hechos como "control posterior" a la toma de control. El proyecto de ley busca poner fin a esta ambigüedad actual, introduciendo un sistema claro y obligatorio para la aprobación previa a la toma de control, tal como de hecho está legislado en la mayor parte del derecho comparado, siendo esta la forma en la cual el instituto cobra pleno sentido.

El control previo de fusiones requiere de parte de la autoridad de aplicación mayor velocidad de aprobación, a riesgo de constituirse en un verdadero límite a la celeridad del comercio. A los fines de dar tiempo a la autoridad de aplicación con los expedientes acumulados, la ley prevé razonablemente un periodo de un año de transición hasta el inicio de la vigencia del control previo de fusiones, un desafío logístico importante para la autoridad de aplicación. Sin embargo, casos exitosos de países vecinos

2. El artículo 8 de la LDC por un lado afirma que una operación de concentración no aprobada por la autoridad no tendrá efectos ni entre las partes ni respecto de terceros y en el mismo artículo autoriza a notificar las concentraciones dentro del plazo de una semana de la operación.

con similares antecedentes, como Brasil, muestran que es posible gestionar de modo eficiente y en tiempo, sin detener la marcha de los negocios, un sistema de notificación previo de concentraciones, en particular estableciendo procedimientos simplificados especiales para casos de concentraciones que, dadas ciertas características objetivas, no presentan problemas de competencia y otras modificaciones adicionales.

En este sentido, el proyecto de ley, busca incrementar la eficiencia del procedimiento, para lo cual se propone incrementar los umbrales para la notificación que, establecidos de manera nominal en pesos argentinos en la anterior ley, han quedado totalmente desactualizados forzando a la agencia a examinar concentraciones de muy poco valor económico que no deberían notificar la operación, cargando costos a la agencia y a la economía en general.

El proyecto establece un umbral que a fines de evitar quedar obsoleto por inflación no fija en moneda nacional, sino que remite a una unidad de cuenta, la Unidad Móvil (UM), tal que solo deben notificar aquellas concentraciones cuyo volumen de negocio supere en la Argentina los 150 millones de UMs, es decir, el equivalente a lo que a la fecha del presente trabajo serían aproximadamente unos 2.250 millones de pesos. Este tipo de umbral es acorde a los lineamientos internacionales en la materia que mandan a centrar esfuerzos en las operaciones que por cuya magnitud puedan presentar problemas al interés económico general,<sup>3</sup> evitando asignar recursos a operaciones que no tendrían impacto en el interés económico general, de modo tal de poder asignarlos sea a conductas o a concentraciones que así lo ameriten.

Las UM se establecen inicialmente en quince pesos argentinos pero serán actualizadas anualmente por la autoridad de aplicación de la ley, tomando como indicador el índice de precios al consumidor (IPC) que elabora el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) bajo el IPC. La ley por lo tanto introduce un incremento del umbral que quedaría establecido en 2.250 millones de pesos, algo próximo a 140 millones de dólares estadounidenses.

En cuanto al cálculo del volumen de negocios, el proyecto establece un método nuevo que toma en cuenta el volumen de negocio de la firma

3. Al momento de la promulgación de la ley 25.156 el umbral por volumen era, en pesos, equivalente a 200 millones de dólares estadounidenses y, por el mero efecto de la inflación, hoy representa menos de 10 millones de dólares.

que toma el control y de la empresa objeto de la transacción, lo que tiene pleno sentido económico, en tanto es la forma más consistente de evaluar el eventual poder de mercado, *ex post* la transacción, el elemento que se debe tomar en cuenta a los fines de establecer el potencial riesgo a la rivalidad de los mercados, consecuencia de la concentración.

Otra medida importante para ganar en eficiencia consiste en adoptar un procedimiento que permita acortar el tiempo para aprobar las fusiones sencillas, algo que en los hechos se ha comenzado a hacer aun sin la reforma de la ley. De hecho, el proyecto de ley distingue procedimientos de dos fases (pendiente de reglamentación) para transacciones que a priori puedan afectar la competencia, de aquellas operaciones simples que con suma probabilidad no tiene la potencialidad de generar problemas de competencia en los mercados.

Esto sucede, por ejemplo, cuando una empresa que se dedica a la actividad B compra a otra que se dedica a la actividad C, y cuando además B no necesita de C para su producción y viceversa. En estos casos, denominados de "conglomerado", rara vez hay problemas de competencia. Lo mismo cuando las empresas que se dedican a la misma actividad que se fusionan, por ejemplo, detentan, aun en forma conjunta, es decir *ex post* la operación, una muy baja cuota de mercado que indica que no habrá posición de dominio o poder de mercado.

De ese modo se prevé una primera fase inicial para todas las concentraciones que tendrá una duración de 45 días. En caso de que se detecten eventuales efectos anticompetitivos que hagan más complejo el análisis de la operación se habilita la segunda fase. Como se comentó, además se establece un procedimiento sumario para operaciones simples que a primera vista no presentan problemas para la competencia en los mercados.

El proyecto de ley mantiene, como la actual ley vigente y la mayoría de las leyes del mundo, una serie de excepciones bajo las cuales las partes no deben notificar la operación. Actualmente, determinadas operaciones, como por ejemplo fusiones de empresas o transferencia de fondo de comercios, deben notificar siempre que se den otras condiciones, pero al mismo tiempo determina una serie de excepciones, que tienen por racionalidad el hecho de que en estos casos no hay afectación a la competencia.

El proyecto de ley mantiene una regla general respecto del tipo de operaciones que deben notificar, en tanto establece que configura una concentración económica, cualquier "otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una

empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”.

Este último concepto es un poco vago, pero la enorme variedad de casos que se plantean en los hechos, hace poco conveniente intentar una definición más precisa en la ley. Esto en tanto hay variadas maneras en las cuales una firma puede tener “influencia sustancial” en la política comercial de otra. Naturalmente, el concepto de control en competencia, donde lo que importa es quién toma las decisiones comerciales competitivas, difiere y es mucho más laxa y compleja que la más rígida del derecho societario.

Probablemente, sea poco conveniente hacer una lista de casos o definiciones precisas en el caso del derecho de sociedades y, de hecho, consideramos algo complejo hacer una lista exhaustiva o precisar el concepto en la ley, sobre todo dada la basta jurisprudencia administrativa generada durante años por la CNDC, que básicamente, al menos en la actualidad y en sus orígenes, sigue la jurisprudencia de la Comisión Europea.

La ley además establece un procedimiento que ya existe y está regulado a nivel de resolución, y de hecho se emplea, como es el procedimiento de consulta por el cual las partes de una operación pueden consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia si tienen o no obligación de notificar la operación, en aquellos casos sobre los cuales tengan dudas si corresponde o no la notificación.

El proyecto pone además en jerarquía de ley los procedimientos destinados a determinar si operaciones no informadas deben notificarse. De ese modo, como en la actualidad, de oficio o por denuncia, la autoridad tendrá la facultad de iniciar una investigación con la finalidad de establecer si la operación debió haber sido notificada. La incorporación en la ley tiene la ventaja de poner en claro una competencia que de todas formas la CNDC ya tenía y venía ejerciendo, en algunas oportunidades respecto de casos importantes.

### **III.B. Autoridad de aplicación**

El proyecto de ley innova respecto de la autoridad de aplicación, adoptando un marco institucional muy diferente al actual, donde entre otras metas, se busca mayor independencia del poder político. Es evidente la importancia de la independencia de la autoridad de aplicación para la eficiencia en la ejecución de la ley. La idea es muy simple: intereses no técnicos y más bien políticos o sectoriales, podrían llevar a decisiones ajenas a

los fundamentos técnicos de una política y derecho de defensa de la competencia. Naturalmente esto incluye aspectos que podrían incluir a grupos económicos, capaces de "capturar" la agencia.<sup>4</sup> Claramente, cuanto más independiente una agencia menos probable es el error por sesgo en sus decisiones.

Es desde luego difícil medir el desempeño de una agencia, especialmente si se la compara con otras. El método más simple consiste en simplemente medir el resultado por ejemplo en número de casos, pero esto no dice mucho sobre la calidad de las decisiones. Después de todo muchas decisiones podrían ocurrir simplemente por el bajo costo de elaboración asociado a la mala calidad. En algunos casos, la cantidad de éxitos en la justicia, según el tipo de procedimiento en cada país, podría indicar al menos cierta consistencia interna de la calidad de las decisiones. Pero es probable que una agencia débil simplemente no invierta en decisiones controvertidas, las que son más probables de ser apeladas y cuestionadas judicialmente y eventualmente revertidas. Una agencia débil y de baja calidad podría obtener buen puntaje en ambos test simplemente por medio de decisiones de bajo nivel que no tienen impacto y por lo tanto no son cuestionadas ante la justicia. Otras métricas como medir productividad por cantidad de empleados, por ejemplo, pueden indicar algo, pero no es del todo seguro que esto sea algo fiable para hacer comparaciones entre agencias, las que pueden diferir mucho en procedimientos y otros aspectos que desvirtúen esta medición. Por otra parte, en muy buena medida, el gran éxito de una agencia reside precisamente en aquello que no se ve: el grado de disuasión que genera en potenciales infractores, algo difícil de medir.<sup>5</sup>

En todo caso, hay características que parecen deseables, como contar con una buena dotación de personal capacitado, autoridades experimentadas, directores expertos, una buena ley que confiera poder suficiente a la agencia, otras instituciones que hagan creíble o al menos allanen el camino

4. Ver, STIGLER, G., "The theory of economic regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n° 1, 1971; PELTZMAN, S., "Toward a More General Theory of Regulation", en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976. BECKER, G., "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n° 3, 1983; LAFFONT, J. J. y TIROLE, J., "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, n° 4, 1991.

5. Es probable que el efecto reputación tenga peso en este tipo de instituciones.

para las políticas de competencia. En este sentido, se destaca la autonomía e independencia de la autoridad.<sup>6</sup>

Es una idea aceptada por los especialistas que el ideal de una agencia de competencia es que sea independiente políticamente, a los fines de que consideraciones cortoplacistas de tipo electoral o sectoriales no tengan peso, al menos directa o decisivamente, en las decisiones de las autoridades de competencia, que deben adoptar decisiones técnicas con la finalidad de preservar la competencia.<sup>7</sup> En especial, ello sería necesario en la Argentina a los fines de que las autoridades puedan resistir las presiones usuales sectoriales y tomen decisiones técnicas en pos del "interés económico general",<sup>8</sup> bien jurídico protegido bajo la legislación de competencia vernácula.

Sin embargo, hay diversas formas institucionales de intentar la independencia de la agencia de competencia, pero no es del todo claro cuál de ellas es el mejor mecanismo institucional, lo que en buena medida, probablemente, dependa del lugar que tiene la agencia en el ambiente institucional y las prácticas políticas e historia institucional de cada país. Por otra parte el tipo de presiones deberían estar relacionadas con la independencia que tenga la agencia y el tipo de sanciones que puede imponer. De nuevo, no sería extraño que una agencia débil sin peso en la política pública simplemente sea independiente por irrelevante. El contexto también debería tener impacto: por ejemplo, ante crisis inflacionarias la tentación de intentar emplear (siempre de modo infructuoso) las herramientas de com-

6. Desde luego que esa independencia puede ser formal y la agencia funcionar bajo el mandato directo o indirecto de un ministro, pero en cualquier caso si hay independencia formal, esto es mucho más costoso de obtener y por lo tanto menos probable.

7. Por ejemplo de acuerdo con un documento de la UNCTAD, el más eficiente tipo de autoridad administrativa a cargo de ejecutar una ley de competencia es una autónoma o cuasi autónoma o independiente del Gobierno, con fuertes competencias judiciales y administrativas para conducir investigaciones e imponer multas. UNCTAD, *Independence and accountability of competition authorities*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008, p. 3. Con independencia de los problemas para medir la eficacia de una agencia, autores como Dutz y Vagliasindi, por ejemplo, han presentado indicadores que muestran la mayor eficiencia de una agencia independiente. DUTZ, M. y VAGLIASINDI, M., *Rules versus implementation: Determinants of competition policy effectiveness in transition economies*, Londres, Mimeo, EBRD, 1999.

8. Claro que independencia no significa que la agencia no dé cuenta de sus actos. Debe estar sujeta a las reglas generales que establecen la responsabilidad de los funcionarios públicos y, en los casos en particular, a la revisión judicial. Esto con independencia de otros mecanismos institucionales que permitan su control e inclusive, llegado el caso, su remoción.

petencia para controlar a la suba generalizada de precios, puede ser algo constante en un país con este problema macroeconómico. Es probable, por otra parte, que en los hechos la independencia esté relacionada con la calidad general de las instituciones del país y su tradición de respeto a la ley.

Pero ciertamente que los aspectos formales tienen influencia y, por ejemplo, la garantía de estabilidad asegura una mayor resistencia de las autoridades a eventuales presiones políticas. Esto puede ser especialmente importante en países con baja calidad institucional donde con frecuencia son presiones sectoriales las que en buena medida dirigen la política y la economía.

Otro aspecto formal interesante es la idoneidad, lo que es relevante al menos por dos aspectos. El primero, es que con esto se inhibe en buena medida una elección completamente sesgada de partidismo o política, al menos cortoplacista. En el caso del proyecto, tanto la estabilidad de las autoridades como la idoneidad constituyen metas importantes. Los jueces del Tribunal no pueden ser excluidos sino por razones objetivas de peso y son elegidos por medio de un concurso público de antecedentes, que define una terna, sobre la cual luego elige el Presidente de la Nación.

Si bien probablemente el ideal es que la elección recaiga en el Congreso, sucede que quizás esto sea deseable en aquellos países donde hay tradición de debate y cierta independencia del poder legislativo de la política de corto plazo y donde hay tradición de consenso en ciertas políticas públicas, en particular, de competencia. Allí donde las fracturas son grandes, donde hay divisiones y donde no hay un mínimo de cooperación entre las fuerzas políticas que conforman el Congreso, pareciera no ser del todo seguro que la elección de los miembros se dará respecto a características de idoneidad de los candidatos, en vez de serlo por razones políticas e intereses sectoriales de corto plazo. Es decir, uno de los aspectos centrales es la efectiva implementación práctica de la reforma. No es del todo claro que en materia de políticas públicas uno deba perseguir, fuera de contexto, siempre el ideal.

Con independencia de ser esto sumamente intuitivo, es interesante destacar que en una encuesta de la OCDE sobre política de competencia, "mayor independencia" fue el factor más mencionado como determinante para que una agencia pueda en efecto promover las metas usuales del derecho de la competencia.<sup>9</sup>

9. OECD, *The Objectives of Competition Law and Policy: Note by the Secretariat*, Global

Usualmente, los elementos que tienen peso en la independencia de la agencia son quién conforma la autoridad y cómo es el mecanismo de elección y, sobre todo, de destitución. En el caso del proyecto, la existencia de un proceso de selección basado en un concurso con participación de un jurado con autoridades académicas y políticas variadas, asegura este aspecto.

Otro elemento central son los recursos humanos y financieros para llevar adelante su actividad, sin necesidad de tener que recurrir a órganos políticos. Respecto de este modelo, el contenido del proyecto de ley implica un avance creíble y probable, dados nuestros antecedentes de baja calidad institucional.

La ley establece designaciones donde el Presidente de la Nación elige sobre la base de una terna elegida por un concurso, se establece un período de duración del mandato para la autoridad diferente al presidencial, límite severos a la remoción de las autoridades, entre otras disposiciones que vamos a comentar.

Sin embargo, antes, es conveniente contar con un panorama del asunto a nivel internacional y sobre todo en la UE, institucionalmente más próxima a nuestro ordenamiento legal. Ciertamente, no hay un solo diseño institucional que sea per se "independiente". De hecho, por ejemplo, la estructura institucional de las agencias de los países que componen la UE varía, al punto que estas tienen sus propias especificidades. De hecho, la única regulación clara al respecto es la disposición contenida en el artículo 35 del Reglamento 1/2003 que pide que los Estados miembros designen una autoridad o autoridades de competencia responsables de la aplicación de las leyes de competencia de la UE de manera que se cumplan efectivamente las disposiciones del Reglamento, sin imponer requisitos específicos sobre las agencias. Esto implícitamente pide, al menos, que el diseño institucional de las agencias permita la aplicación correcta del derecho europeo sobre la materia, lo que lleva implícito, claramente, un alto grado de independencia de los gobiernos o políticas nacionales respectivas.

El modelo institucional más frecuente en la UE es el de una autoridad administrativa única que tiene por misión ejecutar la ley de competencia, cuyas decisiones están sujetas a control judicial. Solo unos pocos países tienen una autoridad administrativa que instruye los casos y los presenta ante un Tribunal.

En la UE, la mayoría de las agencias, de hecho, son organismos separados de los ministerios o del poder ejecutivo. Además, la mayoría de ellas, no están sujetas a control de otro órgano estatal, aun cuando algunas pocas sí están asignadas a la responsabilidad final de algún ministerio y en algunos casos pueden recibir instrucciones del ejecutivo, o al menos, recomendaciones generales, pero sin intervenir sobre casos individuales. Y de hecho, en varios Estados Miembros, el ministro puede instruir a las agencias, para que realice investigaciones sectoriales o estudios de competencia, del mismo modo que dar instrucciones para que se investigue un caso, pero nuevamente sin influencia, al menos formal, sobre el resultado o contenido de la decisión. Además, algunas agencias, deben comparecer y rendir cuentas ante la comisión respectiva del parlamento.

En algunos Estados Miembros no hay criterios establecidos para el nombramiento de las autoridades, mientras que en otros hay requisitos de idoneidad en el área. Por otra parte, el órgano que designa a las autoridades también varía. En muchos países de la UE, son designados por el parlamento, aunque en algunos casos lo son por un órgano general encargado de los nombramientos de funcionarios.

La independencia también se garantiza a través de salvaguardias con respecto al tiempo de permanencia en el cargo y las causales estrictas de remoción. En la mayoría de los países de la UE el mandato de las autoridades de las agencias abarca un periodo de entre 3 a 7 años, en la mayor parte de los casos renovables y únicamente de manera excepcional tienen un mandato indefinido. Además, las autoridades no pueden ser destituidas sino por causas específicas, lo que los protege de las presiones políticas, salvo raras excepciones donde pueden ser destituidas sin causal alguna. En todos los casos, además, existen reglas sobre incompatibilidades o para prevenir conflictos de interés.

En términos de provisión de recursos financieros existen también diferencias significativas entre las agencias de los países que componen la UE, pero solo unas muy pocas generan su propio presupuesto. De modo que las agencias no siempre tienen control sobre personal o presupuesto de modo completamente independiente del ejecutivo o legislativo.

Dentro de los estándares de la UE, aun con variaciones, el proyecto de ley, adopta la regla que tienen de asegurar, al menos en mayor medida, la independencia de las autoridades del poder político y favorecen la distribución de competencias hacia dentro de la autoridad, generando procesos de decisión más transparentes.

Mientras en la actualidad la CNDC tiene facultades instructoras y de asistencia a la Secretaría de Comercio, la nueva ley establece la independencia del Tribunal que puede emitir sentencias que son vinculantes. Se propone la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC), que estará formada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de carácter colegiado, conformado por un Presidente y cuatro Vocales y dos órganos unipersonales: la Secretaría de Instrucción de Conductas y la Secretaría de Concentraciones Económicas, encargadas de la instrucción de los respectivos expedientes de su competencia.

Los miembros de la Autoridad, tanto los del Tribunal como los Secretarios, serán nombrados previo concurso público ante un Jurado que deberá elaborar una terna que será publicada y expuesta a un período de exposición pública para que los administrados puedan hacer observaciones, período luego del cual el PEN designará a los miembros de la ANC. Los miembros de la ANC son elegidos para un mandato de cinco años y solo pueden cesar anticipadamente en sus funciones por circunstancias extremas contempladas en la ley, y como mal desempeño de sus funciones, lo que requiere una mayoría de dos tercios de los miembros del jurado. La inamovilidad de los nombramientos constituye un elemento central a la independencia del organismo.

Dada la especialidad de esta rama del derecho, que en cierta medida consiste en economía aplicada, es razonable que el proyecto de ley disponga, como es frecuente y como está hoy de hecho compuesta la CNDC, que entre los miembros del Tribunal deberá haber al menos dos abogados y dos economistas. De hecho, cierta competencia en este campo del derecho, probablemente, requiere de abogados que entiendan al menos a nivel intuitivo conceptos centrales de economía y de economistas que tengan igual nivel de conocimiento de temas legales básicos. En cualquier caso, la mirada interdisciplinaria es fundamental.

Los miembros del Tribunal tienen como función central la resolución de los expedientes al modo de un tribunal tradicional, además de la dirección del organismo en general. Es decir, es la autoridad resolutoria tanto en materia de control de concentraciones como en materia de conductas. Sin embargo, tiene facultades para desarrollar investigaciones económicas o informes correspondientes al área de promoción de la competencia.

Dentro de la ANC, se destaca además la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas, propiamente el órgano de instrucción que tiene como finalidad central la instrucción de los expedientes, operando al

modo de un fiscal, presentando al Tribunal las acusaciones y eventuales sanciones en casos de conductas que violan la competencia.

De igual modo, la Secretaría de Concentraciones Económicas tiene a su cargo, según las previsiones de la ley, la instrucción de los expedientes de control de concentraciones. Debe resolver aquellas que, por su simpleza están sujetas al procedimiento sumario, y presentar un dictamen al Tribunal, recomendando eventual aprobación, subordinación o rechazo de la aprobación.

Esta disposición tiene por lógica, dentro del mismo organismo, separar la instrucción de la decisión lo que permite un mejor examen de las cuestiones, muchas veces muy delicadas y de alto impacto en la economía, en la resolución de los casos de competencia. En el caso de las concentraciones simples, dado que usualmente esto conlleva un trámite casi formal (que en algunos países procede apenas en semanas), tiene pleno sentido que estos no sean objeto de dictamen ni elevados al tribunal.

Es claro que la agencia constituye una herramienta más de las políticas de competencia del estado y que además la política de competencia es parte de la política económica general. En esta línea, la ley establece la Subsecretaría de Fomento de la Competencia, que en el ámbito del ejecutivo tiene funciones de promoción y aplicación de la normativa de la competencia y puede ser parte en procedimientos de control de las concentraciones.

En suma, se busca la creación de una autoridad con mayor grado de independencia del poder político que la actual, en tanto la elección de las autoridades, si bien recae en el Presidente de la Nación, son preseleccionados por medio de una terna resultante de un concurso, que además garantiza idoneidad y profesionalismo. Personas con trayectoria en este campo del derecho y la economía, tienen costos más altos en reputación para transigir con metas cortoplacistas del tipo que usualmente preocupan a los políticos. También, se ha establecido que el período de duración del mandato es diverso al del Presidente de la Nación y las causas de remoción son limitadísimas, con lo cual se intenta garantizar aún más la independencia de la autoridad de aplicación. La distribución de competencia en la autoridad permite distribuir el poder, contribuir a mejores decisiones y lograr un proceso de toma de decisiones más transparente y menos centralizado.

### **III.C. Sanciones**

La ley de competencia vigente en la Argentina no solo no disuade, sino que constituye, en cierta forma, una invitación a cometer actos o con-

ductas anticompetitivas. Una de las principales sanciones dispuestas por la ley 25.156 es la multa, que por el mero transcurso del tiempo y la inflación reinante en nuestro país desde 1999 a la fecha, se ha tornado en irrisoria. Asimismo, producto de ciertas modificaciones erradas introducidas a dicha ley por el Congreso en 2014, hoy es mucho más compleja la persecución de ilícitos anticompetitivos por parte de la autoridad de aplicación (es decir, la CNDC y el Secretario de Comercio). Es decir, la dificultad de investigar conductas anticompetitivas, sin las herramientas mínimas suficientes, sumado a las sanciones irrisorias vigentes, hacen que la ley hoy día no presente el más mínimo grado de disuasión.

A los efectos de atacar esta grave falencia, el proyecto regula las sanciones, elevando de modo considerable el monto y la forma de cálculo de las multas, lo que implica mayor efecto disuasorio, una de las metas centrales de la reforma.

Claramente, la eficiencia de un sistema legal no se mide de manera correcta o al menos completa, por la cantidad de sanciones, sino por la capacidad del mismo de impedir (hasta cierto grado) o disuadir, dependiendo el área del derecho y la consiguiente finalidad de la ley, las acciones ilegales. Después de todo, las sanciones, como multas que impone la CNDC, constituyen transferencias de riquezas de una persona a otra (del infractor al gobierno) pero una mejora directa en el bienestar de las personas. Por otra parte, ejecutar la ley es costoso, de modo que la ganancia social más clara es, precisamente, la disuasión, lo que implica una mejora para la sociedad. Tanto los costos sociales de ejecutar la ley, como las transferencias, que son actividades costosas se justifican, precisamente, por el elemento disuasivo.<sup>10</sup>

En materia de defensa de la competencia, la literatura se ocupa centralmente de temas como la multa óptima, el efecto disuasivo de programas de clemencia o de sanciones criminales del tipo pena de prisión.<sup>11</sup> Es decir,

10. Asumimos que el castigo no constituye, por sí mismo, una ganancia social. Lo que es usual mirado el asunto desde el enfoque económico. Si el lector tuviere otra idea, de todas maneras es evidente que la disuasión es más conveniente que la imposición de una pena. Esta idea en derecho es frecuente, en autores clásicos, como Montesquieu, Beccaria y Bentham, por ejemplo, de un modo tan conocido, que no requiere demasiadas citas.

11. Ver, por ejemplo, LANDES, W. M., "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, n° 2, 1983; WERDEN, G. J. y SIMON, M. J., "Why Price Fixers Should Go to Prison", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 32, n° 4, 1987; GALLO, J.

se han centrado en la idea del derecho y la economía de que la disuasión está concentrada en la pena y su probabilidad de aplicación (siempre respecto de las ganancias), que funciona como un precio por infringir la ley.

Esto es correcto, pero probablemente una parte del asunto, puesto que hay otros elementos que sí tienen o intuitivamente deberían tener peso en la disuasión, tales como el desempeño del poder judicial en la materia, la independencia y calidad de la agencia administrativa que ejecuta la ley, la calidad de los procedimientos destinados a ejecutar la ley. Una agencia más independiente del poder político, que por definición resulta más difícil de capturar por medio del lobby o mediante la introducción de metas diferentes a las estrictamente técnicas con miras a resultados políticos de corto plazo y dotada de poderes y recursos suficientes, simplemente, incrementa la probabilidad de detección y sanción, lo que incrementa el costo actual de violar la ley de competencia.

En materia de multa, su versión óptima opera cuando la sanción es lo suficientemente grande como para prevenir las conductas que causan daño a la sociedad, lo que sucede cuando el costo de violar la ley es mayor que la ganancia. Más técnicamente, bajo ciertas condiciones, como ausencia de costos de transacción, por ejemplo, eso se logra cuando el producto del tamaño de la sanción (S) y la probabilidad subjetivamente percibida de ser sancionados (P) es igual a costo social o daño que causa la infracción.<sup>12</sup>

Claro que tampoco es deseable que la sanción esperada sea tan grande que lleve al extremo opuesto: que el riesgo de violar la ley sea tan grande que inhiba a los agentes de mercado y personas en general a llevar adelante acciones socialmente útiles. Esto ocurre cuando las sanciones son tan grandes que pueden disuadir a las personas de llevar adelante acciones cuyo beneficio es más grande que el daño que generan a la sociedad. Más grave en los hechos, todavía, es que una sanción muy grande puede colocar en una situación financiera desventajosa a un competidor e inclusive producir

---

C., DAU SCHMIDT, K. G., CRAYCRAFT, J. L. y PARKER, C. J., "Criminal Penalties Under the Sherman Act: A Study of Law and Economics", en *Research in Law and Economics*, Vol. 16, 1994; MOTTA, M., y POLO, M., "Leniency Programs and Cartel Prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, n° 3, 2003.

12. Todo esto derivado del trabajo central de BECKER, G., "Crime and Punishment an economic approach", en *Journal of Political Economy*, Vol. 76, n° 2, 1968; STIGLER, G. J., "The optimum enforcement of laws", en *Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3, 1970.

su quiebra y eventual salida del mercado, lo que reduce las condiciones de la competencia.

De modo que, con independencia de las dificultades asociadas a incorporar la información correcta en términos de costos y beneficios de la empresas para cumplir la ley, y otros problemas graves para determinar con precisión la sanción correcta, parece claro que estas deben ser lo suficientemente significativas como para tener poder disuasorio y al mismo tiempo no tan grandes como para provocar la quiebra o serios problemas financieros que amenacen la continuidad misma o la vitalidad de su desempeño competitivo en los mercados. Además, la alternativa de conectar la multa únicamente con la capacidad de las firmas para pagar las multas, puede causar distorsiones graves en el régimen de competencia, generando un sistema distorsionado de incentivos que puede llevar a prácticas inadmisibles.

En un mundo de incertidumbre, además, no es muy claro que uno pueda emplear de modo preciso el modelo básico de multa óptima desarrollada a partir de Becker, pero al menos sí pareciera ser claro que este permite pensar mejor algunos problemas. Por ejemplo, en materia de abuso de posición dominante unilateral, donde hay más matices y donde podría haber errores en materia de ejecución de la ley, una política de multas preliminarmente menos significativas que en el caso de los carteles podría tener sentido, puesto que puede contribuir a eliminar errores asociados a una disuasión excesiva. Por otra parte, en estos casos puede haber ganancias sociales derivadas de tales prácticas y usualmente generan menos costos sociales que los carteles. A la inversa, en materia de colusión o cartelización del mercado, donde es evidente el alto costo social, donde es más nítida la línea de demarcación entre lo correcto e incorrecto, y donde el daño es más grande, tiene sentido no solo imponer sanciones más significativas sino también más seguras, ahorrando costos de transacción por medio de sanciones que funcionen por "objeto" ilícito o, en cierta forma, que se asemejen a una regla *per se*.

El proyecto de ley toma en cuenta los elementos salientes de la literatura de un modo pragmático y prudente: de un lado coloca sanciones elevadas que puedan tener efecto disuasivo pero coloca límites que eliminen el riesgo de eliminar un competidor en el mercado sea en forma completa o relativa e incorpora elementos tales como la gravedad de la infracción, la distinción no solo en severidad de la multa sino en estándares para casos de conducta unilateral y colusiones, entre otros elementos, que tienen plena

racionalidad económica. También otros elementos, como, por ejemplo, que la multa debe privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos tal que tenga un tamaño superior al beneficio ilícito puesto que de otro modo no hay disuasión posible. De hecho, si la multa resultase igual a la ganancia, dada que la probabilidad de detección siempre es menor que uno, siempre sería conveniente infringir la ley de competencia.

Sin perjuicio de que la reparación de daños por actos anticompetitivos corre por cuerda separada, la ley toma en cuenta los daños causados por la conducta al momento de establecer el cálculo de la multa aplicable. Esto tiene sentido en términos de que a un daño mayor corresponde una sanción más grave. Además, deben tomarse en cuenta –a los fines de graduación de la multa– los indicios de intencionalidad, lo que tiene sentido en términos de la literatura porque cuando un acto es plenamente intencional es más probable su concreción y, por igual motivo, la reincidencia o antecedentes del infractor. Por otra parte, a fines de que tenga peso en la disuasión se toma en cuenta la capacidad económica del responsable, pero no como único elemento o siquiera decisivo que pueda introducir distorsiones en el mercado.

Dado que en general debe haber una relación con el daño ocasionado, para establecer la multa correcta la ley pide además tomar en cuenta en la graduación de la misma otros elementos como el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica y la posición de la firma en el mercado, siendo evidente que estos elementos están positivamente relacionados con el tamaño del daño al mercado y, en menor medida, con los beneficios asociados a la infracción.

En cuanto al límite máximo, la ley satisface correctamente este elemento, al adoptar criterios muy difundidos y aceptados en el derecho comparado. Se establece, como criterio para la imposición de multas, lo siguiente: (i) hasta el 30% del volumen de negocios vinculado al producto o servicio asociado a la infracción al régimen de competencia del último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de la infracción, siguiendo en buena medida los lineamientos europeos sobre el asunto. Es decir, se sigue aquí el criterio de limitar la multa a porcentaje del mercado afectado por la conducta. Se establece también como límite (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado durante el último ejercicio económico del grupo económico al que pertenezcan los infractores. En este caso la multa se calcula tomando como base la actividad total de la persona que excede (en ciertos casos) al mercado afectado. Por último,

(iii) la ley establece que podrá aplicarse hasta el doble del beneficio ilícito obtenido por la infracción al régimen de competencia. La ley establece que siempre que sea posible emplear este triple criterio de manera simultánea, se debe emplear el criterio que lleve al importe más grande. En caso de no poder determinarse el monto resultante de ninguna de estas opciones anteriores, la ley establece que el importe máximo de la multa será de hasta 200 millones de Unidades Móviles.

Estos límites tienen sentido: la multa no debería ser expropiatoria, ya que sería contraproducente a la competencia que lleve a la quiebra a la firma y, además, para mantener el efecto disuasorio constante la multa debe adaptarse de algún modo a la capacidad económica del infractor. Por otra parte, siempre debería ser mayor que la ganancia obtenida, de otro modo la pena no puede funcionar a nivel disuasorio. Sin embargo esto requiere mayor análisis.

La idea de vincular el máximo con la capacidad económica de la firma tiene pleno sentido ya que, para mantener el efecto disuasorio, es necesario tomar en cuenta la capacidad económica del infractor.

La regla por la cual se emplea el criterio para el cual se logra la multa más grande tiene sentido a los fines de hacer más efectiva la disuasión en un ámbito donde la probabilidad de detección y condena puede ser relativamente baja y donde el costo social (es decir, la suma del daño que esta produce a la sociedad) es más bien alto. Por lo tanto, como regla, tiene sentido establecerla como tope el máximo, siempre que estos criterios sean operables según el caso.

Por otra parte, un tope asociado con el volumen de negocio tiene el sentido de evitar la quiebra de la empresa, lo que no tiene sentido alguno desde el punto de vista de la competencia. Pero en los hechos, dada la escala en la Argentina es poco probable que esto suceda, dados los límites que establece la ley y el tamaño de los negocios en el país.

La ley contempla otras sanciones a los fines de elevar la disuasión, lo que tiene sentido dada la dificultad de detectar y sancionar infracciones que afectan un bien colectivo como es el caso de la competencia en los mercados, donde usualmente los perjudicados son los consumidores quienes tiene pocos incentivos para obtener información y actuar en defensa de sus derechos, simplemente porque el costo privado de hacerlo supera, normalmente, al beneficio esperado (privado) de iniciar una denuncia o acción en defensa de la competencia. De ese modo, la ley establece la posible exclusión de los responsables del Registro Nacional de Proveedores el Estado

y la inclusión de los responsables de la conducta anticompetitiva entre los responsables de la misma, eliminando la posibilidad de que la multa pueda ser pagada por la empresa.

El proyecto prevé sanciones para casos donde opera una toma de control antes de que la autoridad de aplicación haya aprobado la concentración y también para el caso de falta de notificación.

### **III.D. Programa de clemencia**

Usualmente se considera que son las acciones concertadas entre competidores, con la finalidad de no competir, sea para incrementar precios, repartirse mercados o, entre otras, disminuir la calidad y variedad de los bienes, la conducta más grave desde el punto de vista de defensa de la competencia.

En el caso de los carteles ocurre una paradoja: son las infracciones más graves, pero al mismo tiempo las más complejas de detectar y sancionar, sobre todo porque la jurisprudencia pide un estándar más bien alto de prueba que muestre, además de indicios de mercado de la existencia del mismo, evidencia de un acuerdo explícito entre competidores. La herramienta que ha permitido en la mayor parte del mundo incrementar la detección de cárteles consiste en los programas de clemencia, institución ausente actualmente en la legislación argentina y sin la cual es muy complejo detectar y sancionar carteles. De ese modo, dado que usualmente arrojan beneficios altos y la probabilidad de detección es baja, el cartel aparece como buen negocio en la Argentina.

El proyecto centralmente introduce la variante más exitosa de programa de clemencia registrado en el derecho comparado. Se incluye la posibilidad de exención total o reducción parcial de la multa a quien se acoge primero al programa de clemencia, defeccionando del acuerdo.

Para lograr la exención total el proyecto de ley requiere que quien denuncia sea el primero en suministrar la información sobre la práctica colusoria, pudiendo acogerse aun en caso de haberse iniciado una investigación por el Tribunal, pero no se haya logrado prueba suficiente. Quien se presenta al programa de clemencia, debe ofrecer al Tribunal la plena cooperación en la investigación y, desde luego, se exige el cese inmediato de la conducta, salvo que, de otro modo, el Tribunal autorice expresamente la continuación de ciertos actos que faciliten la investigación.

Siempre que reúna los requisitos anteriores, pueden presentarse otros miembros del cartel obteniendo, según el caso, siempre que aporte pruebas adicionales, y obtener por medio de su cooperación una reducción entre el 50% y el 20% del importe de la sanción. Se toma en cuenta, a los fines de establecer el tamaño de la reducción, el orden de presentación de solicitud de acogimiento al programa.

Asimismo, cuando un miembro de un cartel denuncie la existencia de una segunda conducta en infracción de la ley, no solo obtiene inmunidad respecto de la que denuncia, sino también una reducción de un tercio del importe de la multa por la primera conducta.<sup>13</sup> Otra novedad, en lo que puede considerarse un programa amplio que persigue hacer atractiva la participación, es que a diferencia de muchos casos en derecho comparado no se excluye del programa a quienes organizaron o son líderes del acuerdo o cartel.

El primer programa de clemencia fue introducido en los Estados Unidos a comienzos de la década de los setenta, pero como ocurrió con otras experiencias, fue inicialmente poco efectivo hasta la reforma de 1993 que tuvo enorme éxito y contribuyó a la adopción del programa por parte de otros países. Fue en 1996 cuando la Comisión Europea comenzó a emplear un programa de clemencia. Muchos otros países, como por ejemplo Francia, Irlanda, Holanda, Reino Unido, la República Checa y, entre nosotros, Chile, Brasil y México, adoptaron este instituto con el cambio de siglo, con resultados exitosos, para la mayor parte de los casos. Para 2011 todos los países miembros de la Unión Europea, por ejemplo, contaban ya con un activo programa de clemencia.

En nuestro caso, dada la proximidad cultural e institucional es interesante que la adopción del programa en Brasil en 2000 y en México en 2006, ambos casos exitosos medidos en la detección y sanción a carteles, resulta auspicioso para el caso de la Argentina. Hace unos años, la CNDC presentó un proyecto para incorporar un programa de clemencia en la ley 25.156, pero lamentablemente el mismo nunca fue tratado en el Congreso. Como se afirmó, en general, los programas han sido exitosos, en particu-

13. AUBERT, C., KOVACIC, W. y REY, P., *The impact of leniency programs on cartels*, Manuscript presented on the 2nd International industrial Organization Conference, Chicago, 2004. Estos autores sostienen que más que un programa de clemencia donde se perdonan multas, colocar incentivos o premios para quienes denuncian acuerdos oclusivos, inclusive individuos privados, puede tener más impacto en la disuasión que el arreglo tradicional.

lar, el pionero programa de Estados Unidos, aunque dadas las diferencias institucionales y culturales con ese país, esta conclusión no puede ser universalizada.<sup>14</sup> La experiencia internacional, aun con matices y diferencias, indica que en general habría cierto acuerdo respecto a que los programas de clemencia son exitosos.<sup>15</sup>

Conviene explicitar, aunque sea de manera intuitiva, los incentivos que subyacen y que dan racionalidad a esta institución. La idea central es que en general un cartel, o acuerdo entre competidores para no competir, constituye un arreglo esencialmente poco estable dado los incentivos para defeccionar o traicionar los términos del acuerdo con la finalidad de aprovechar los precios más altos en beneficio propio. Sin embargo, hay evidencia de carteles que han logrado de manera muy eficaz durar en el tiempo y obtener enormes beneficios, como muestra el caso de los camiones en Europa que duró más de 14 años y que llevó a la multa más grande de la historia en derecho de la competencia.

De modo que aun cuando, dadas determinadas condiciones, estos acuerdos pueden ser centralmente inestables, un programa de clemencia tiene por finalidad modificar los incentivos de los miembros del cartel haciendo al acuerdo aún más inestable al introducir incentivos adicionales para traicionar o defeccionar del acuerdo, aun cuando siempre pueden quedar incentivos para formar parte de un cartel.

Lo central, es que el programa de clemencia lo hace más costoso. Esto está lejos de ser una conjetura: en las últimas dos décadas la jurisprudencia ha demostrado que muchas firmas se han acogido a estos programas, lo que redundaba en un claro beneficio social, proveyendo información importante para que las investigaciones de carteles sean más eficientes en la detección y posterior sanción de carteles, situación que —en cierta forma— convalidaría a estos programas como una herramienta adicional y válida en la lucha contra los carteles.

El programa de clemencia genera incentivos para la defección y por

14. Ver MILLER, N. H., “Strategic Leniency and Cartel Enforcement”, en *American Economic Review*, Vol. 99, n° 3, 2009. Miller ofrece evidencia clara sobre la eficacia del programa de clemencia en los Estados Unidos. Para Europa, ver BRENNER, S., “An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program”, en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, n° 6, 2009, pp. 639-45.

15. HARRINGTON JR, J. E., “Optimal corporate leniency programs”, en *The Journal of Industrial Economics*, Vol. LVI, n° 2, 2008, pp. 215-246.

lo tanto modifica la relación costo-beneficio de permanecer en el arreglo anticompetitivo, incrementado el riesgo de ser denunciado. Por ese motivo, además, se incrementan los riesgos *ex ante* y se haría menos atractivo formar parte de un cartel. Esto en tanto, la razón principal para acogerse a un programa de clemencia, después de todo, es que la probabilidad o la sanción o ambas sean lo suficientemente grandes, para inducir a la delación y ruptura del cartel.<sup>16</sup>

Cuando una empresa aplica al programa y brinda información sobre un cartel incrementa el costo marginal o incremental de los demás miembros del cartel puesto que les impone el pago de la multa. Dado esto, naturalmente, el programa de clemencia tiene o debería tener efectos disuasivos. Genera además incentivos para que las partes de un cartel guarden prueba de la existencia del mismo y sus actividades.

Obviamente una ganancia de eficiencia del programa es que al hacer menos probable y menos estables los acuerdos entre competidores para no competir, generan mayor excedente actual o potencial a los consumidores. Por otra parte, la agencia antimonopolios baja su costo administrativo y de error en la detección, investigación y sanción de carteles, en tanto cuenta con mejor información. Permite, en suma, a la agencia procesar mayor cantidad de casos con los mismos recursos, lo que redundará en mayor beneficio social y menores costos administrativos, todo lo cual constituye una indudable ventaja. A esto se suma la potencial ventaja en la disuasión, aun

16. En cuanto a la literatura que examina la eficiencia de los programas de clemencia, se dividen en estudios teóricos y otros empíricos. Los estudios teóricos son (con límites) concluyentes en que los programas de clemencia generan incentivos para desestabilizar carteles y que constituyen herramientas eficaces para disuadir la formación de carteles. MOTTA, M. y POLO, M., ob. cit.; SPAGNOLO, G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, Handbook of Antitrust Economics, Ed. P. Buccirossi, Cambridge: M.I.T. Press, 2007; AUBERT, C., KOVACIC W. y REY P., "The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, n° 6, 2006; CHEN, J. y HARRINGTON JR, J. E., "The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path", en GHOSAL, V. y STENNEK, J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007; HARRINGTON JR, J. E., ob. cit. Ver también, HINLOOPEN J. y SOETEVEENT, A. R., "Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs", en *RAND Journal of Economics*, Vol. 39, n° 2, 2008, pp. 607-616. La literatura empírica, aun cuando concluye también sobre los efectos positivos de los programas de clemencia, presenta, sin embargo, resultados algo más ambiguos, aun en algunos casos como en los Estados Unidos, su éxito parece más bien indubitable.

cuando en determinadas condiciones este efecto puede verse afectado, tal como se ha comentado.<sup>17</sup>

Puesto que un cartel en el cual es conveniente denunciar cuando se es parte, simplemente no se forma, es interesante la pregunta, asumiendo niveles altos de racionalidad de las partes, el interrogante acerca de qué debe suceder para que una firma decida participar de un cartel y además denunciar, eliminando su parte de su renta de monopolio. Debe ocurrir que por cuestiones exógenas se incremente la probabilidad de describir el cartel y de ese modo la alternativa de denunciar debe incrementar su valor respecto de la alternativa de mantenerse como miembro del cartel.

Es decir, un cartel estable puede pasar a ser inestable cuando se sanciona un programa de clemencia. Después de todo, sin el programa de clemencia, un arrepentido solo tiene la alternativa de abandonar el acuerdo y competir; pero, teniendo la opción del programa, además de abandonar el acuerdo y competir, tiene la posibilidad de tomar acciones concretas que permitan efectivamente desarmar el cartel, incrementando así los costos de los demás miembros del acuerdo que deben afrontar, muchas veces, multas muy significativas.<sup>18</sup>

Sin un programa de clemencia, almacenar evidencia de la existencia y operatividad del cartel, es simplemente irracional para cualquiera de las firmas que lo forman, simplemente porque esto, cualquiera sea el caso, puede luego mejorar el caso de la agencia o los tribunales en caso de tener que enfrentar un caso. En cambio, los incentivos cambian frente a un programa de clemencia: en este caso, conviene retener evidencia para dejar abierta la posibilidad de aplicar o acogerse al programa.

Por otra parte, sin un programa de clemencia, las firmas denunciadas tienen incentivos para desvirtuar todo tipo de evidencia confirmatoria de la existencia de un cartel, simplemente porque en eso consiste la defensa en juicio. Con el programa de clemencia, los incentivos funcionan a la inversa, en tanto ahora es conveniente para la empresa o persona denunciante presentar la totalidad de la información disponible o al menos la parte sustancial que le permita acceder al programa. Entonces, en general,

17. Sobre el diseño óptimo de un programa de clemencia, esto pide más de lo que nos proponemos en este estudio. Ver: HARRINGTON JR, J. E., ob. cit.

18. ELLIS C. J. y WILSON W. W., *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger*; University of Oregon, 2003, disponible en [<http://darkwing.uoregon.edu/~wwilson>].

es predecible que la calidad y cantidad de información se incrementa para las agencias y los tribunales con la consiguiente ganancia social.

Sin embargo, el ideal en derecho no es ciertamente la sanción, sino que un sistema legal eficiente debería disuadir conductas contrarias a la ley, previniendo daños y ahorrando los costos de su ejecución, entre otras ventajas. El sistema legal constituye antes un mecanismo de cooperación social que una herramienta de resolución de conflictos o un mecanismo para imponer penas o sanciones. En esta línea han ido evolucionando diversas ramas del Derecho, como por ejemplo el derecho civil en materia de reparación de daños, materializándose dicho cambio en la Argentina mediante la última reforma del Código Civil y Comercial, que mutó de ser meramente resarcitorio ampliando su alcance mediante la inclusión del deber de prevención del daño en todas sus manifestaciones.<sup>19</sup>

En cuanto a la disuasión, no hay evidencia suficiente para ser conclusivos respecto del grado de disuasión que introduce un programa de clemencia. De hecho, aunque probablemente bajo condiciones muy generales e intuitivas, es muy probable que haya ganancias en disuasión, ciertamente que a nivel incentivo el programa de clemencia tiene o podría tener, dependiendo de las condiciones, efectos algo ambiguos.<sup>20</sup>

Parece evidente que la comparación de la cantidad de carteles detectados antes y después del establecimiento de un programa de clemencia, constituye una muestra débil del efecto disuasorio del instituto. De hecho, más carteles podrían ser descubiertos simplemente porque dadas otras con-

19. TREVISÁN, P., "Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia", en *La Ley*, AR/DOC/916/2016, 2016, para un análisis de la prevención del daño y su eventual aplicación al derecho de la competencia.

20. Brenan en el estudio comentado comparó las características de carteles que fueron denunciados en el contexto del programa de clemencia con aquellos que fueron detectados antes de la vigencia del programa de clemencia, en los seis años anteriores. Distinguió el efecto de corto plazo asociado al hecho de que las firmas revelan información reduciendo costos de investigación de los efectos de largo plazo, como la disuasión. En cuanto a los efectos de corto plazo, encontró que efectivamente las agencias cuentan con mejor información con un programa de clemencia lo que reduce el costo de aplicar la ley. Sin embargo no encontró información concluyente respecto de la capacidad disuasiva del programa. En suma, para este autor, el programa de clemencia confirma la eficiencia del mismo en el corto plazo respecto de carteles que están actualmente siendo investigados, pero concluye que no hay evidencia respecto de la disuasión en el largo plazo. (MOTTA, M. y POLO, M, ob. cit., y SPAGNOLO, G., ob. cit., son críticos del programa europeo en el largo plazo).

diciones es más rentable acordar con competidores. Sin embargo, en el corto plazo una tasa más alta de detección debería sugerir mayor nivel de disuasión, puesto que es improbable que otras condiciones que afectan la rentabilidad de un cartel cambien dramáticamente en el corto plazo, constituyendo en este sentido, la instalación de un programa de clemencia en un limitado pero genuino experimento natural. De modo que la mayor detección en el corto plazo podría ser interpretado como una prueba, aunque sea no del todo concluyente, del efecto disuasivo del programa de clemencia.

Es probable, pero es algo que debe ser examinado de manera profunda que, además, si hubiere genuino efecto disuasivo, entonces, el promedio de vida de un cartel sea menor con un programa de clemencia que sin un programa de este tipo en la legislación. Y tiempos menores de defección implica mayor beneficio social o bienestar para el consumidor.<sup>21</sup>

El examen de esas condiciones nos llevaría demasiado lejos, pero en condiciones más o menos generales incrementa la probabilidad de denuncia, pero es posible que disminuya el valor esperado de las multas, dados los descuentos que contiene el programa. Sin embargo, la mayor evidencia y facilidad de detección pueden llevar en conjunto a un incremento de las sanciones, aunque sea por la mayor velocidad de condena y la liberación de recursos para detectar otros arreglos para no competir. En cualquier caso, el valor esperado de las multas sube para las firmas que no se acogen al programa y eso debería actuar como factor disuasivo suficiente, lo que sin embargo constituye una cuestión empírica difícil de examinar (en buena medida dada la naturaleza oculta de los carteles). Esto en conjunto debería o podría tener un efecto disuasivo.<sup>22</sup>

21. DICK, A. R., "When are cartels stable contracts?", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996, pp. 241-283. Un estudio clásico sobre por qué algunos carteles duran décadas y otros son muy poco estables y poco duraderos. El autor encuentra que la duración de un cartel se podría explicar por el costo de ejecutar el acuerdo y el valor que representa para sus miembros. El autor, examinado los acuerdos entre competidores que surgieron en el contexto de la ley de comercio exterior, los arreglos más longevos tendían a exportar a pequeños compradores, contaban con una amplia cobertura internacional, operaban en periodos de precios estables y en momentos de creciente demanda. Y que de hecho los acuerdos que eran operados por una agencia de venta común eran más estables. Sin embargo, los carteles perdían vitalidad y estabilidad con el paso del tiempo. Los carteles que tenían por sola finalidad fijar precios eran los menos estables, en razón de que incentivaban al ingreso de competidores.

22. Se han hecho varios estudios sobre la eficacia relativa de la política de competencia

En otros términos, como sucede con la mayor parte de las reglas legales, un programa de clemencia puede implicar costos o problemas. Con un programa de clemencia baja el costo de las multas promedio y eso podría tener un efecto adverso en la disuasión. De modo que, dejando todo quieto, en especial el tamaño de las multas, puede ocurrir que un programa de clemencia baje el costo esperado de formar parte de un cartel. En general, por lo tanto, es deseable que venga acompañado de un incremento en el tamaño de las multas. De otro modo es posible que el incremento en la probabilidad de sanción no compense de modo adecuado la disminución promedio del tamaño de las multas y el cartel sea un más redituable.

Un programa de clemencia requiere que la agencia sea capaz de detectar y sancionar carteles fuera del programa de clemencia, de otro modo, razonablemente, no hay incentivos suficientes para aplicar. Simplemente porque si la probabilidad de detección es muy baja no tiene sentido la auto denuncia y la pérdida de la renta monopólica.<sup>23</sup> Es necesario además que las sanciones sean suficientemente grandes, de otro modo tampoco habría incentivos suficientes para aplicar al programa. De hecho, si la sanción y la probabilidad de su aplicación es baja, las ganancias esperadas del cartel podrían ser más grandes que los riesgos de seguir en él. Es decir, se podría frustrar el programa.

A nivel práctico, en la Argentina la introducción del programa de clemencia viene acompañada de un muy necesario y elevado incremento en las sanciones, una de las condiciones para su eficacia. También, de otras herramientas, como mayor independencia y facultades de la agencia y otras reformas que deberían incrementar la efectividad de la agencia, incrementando la probabilidad de detección, por lo cual otro elemento importante destacado por la literatura se cumple. La tradición cultural y la calidad de las instituciones en general, puede afectar la eficacia del programa, pero respecto de lo primero es auspicioso, al menos, el éxito de estos programas

---

en países, aun cuando no es claro que esta evidencia sea del todo concluyente (NICHOLSON, M.W., "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, n° 4, 2008). Algunos estudios miran evidencia cuantitativa, como cantidad de detección de carteles y otros cualitativa, basada en encuestas que capturan percepciones sobre el efecto de estos programas en la comunidad. (KEE, H. L. y HOEKMAN, B., "Competition Law as market discipline?", en *European Economic Review*, Vol. 51, n° 4, 2007).

23. CHEN, J. y HARRINGTON JR., J. E., ob. cit.

para la mayor parte de los países y en particular aquellos que tienen igual tradición y valores culturales empresariales similares o próximos, como México, Chile o Brasil.

Consideramos que suma mucho también, a nivel de diseño, la ausencia de discrecionalidad en la concesión del beneficio de acogerse, algo que parece fue decisivo en el éxito de reformas en materia de programas de clemencia. Merecen mayor estudio los incentivos detrás de las facilidades a sucesivos denunciadores, lo que podría minar el incentivo a ser el primero, pero la diferencia entre el primero y el segundo parece suficientemente importante y además, en el caso de los sucesivos denunciadores, el Tribunal mantiene discrecionalidad para graduar dependiendo de la calidad de la información, lo cual condiciona el éxito relativo de los sucesivos auto denunciados.<sup>24</sup>

### III.E. Reparación de daños<sup>25</sup>

El Capítulo X del Proyecto se ocupa de regular las acciones por daños y perjuicios por infracciones a la ley de competencia de una manera novedosa, en términos de la actual legislación. Las partes perjudicadas por la conducta anticompetitiva podrán demandar la reparación de los daños en la justicia ordinaria, lo que eventualmente si es que este tipo de acciones judiciales son acogidas por nuestra práctica y cultura legal, debería funcionar como un elemento disuasorio adicional, en tanto hace *ex ante* más costoso incurrir en conductas violatorias de la ley.

La idea central es muy intuitiva: dadas ciertas condiciones como una alta probabilidad de ser condenado y sufrir otros costos, si tengo que reparar el daño, tengo incentivos para, por ejemplo, no incurrir en tal conducta, por la simple razón que la suma del costo multiplicado por la probabilidad de que se me aplique la sanción es mayor que la ganancia esperada del

24. Una condición que permite la estabilidad de un cartel es la existencia de un mecanismo que permita detectar y sancionar, a costos razonables o bajos, a quien defeciona el arreglo que forma el cartel. Sucede, que un programa de clemencia que solo admite a una primera firma denunciante, esta puede actuar como mecanismo para sancionar a una firma (que no es la denunciante), acogiéndose al programa de clemencia.

25. TREVISÁN, P., "Infracción de Daños y Perjuicios por Infracciones a las Normas de Defensa de la Competencia", en *JA* 2013-IV, n° 4, Buenos Aires, 2013, para un análisis comprensivo del tema de la reparación de daños en materia de defensa de la competencia.

ilícito o infracción. En los hechos es muy complicado generar estos costos, pero siempre sirve tener estos conceptos en mente para pensar mejor el diseño y la ejecución del derecho. En el caso, para cualquier nivel de disuasión vigente es claro que la obligación de pagar, además de multas y sufrir otros costos, tener que reparar los daños contribuye a elevar el nivel de disuasión, siempre manteniendo constantes otras condiciones de la misma.

Esto además es tremendamente importante en materia de defensa de la competencia porque sucede que a diferencia del caso medio o más frecuente en otros ámbitos del sistema legal, los casos de defensa de la competencia afectan al interés económico general o, dicho en otros términos, a la sociedad en su conjunto, por lo cual en muchos contextos el daño es soportado por muchas personas, frente a lo cual puede suceder que ocurra lo que los economistas llaman un dilema de acción colectiva: aun cuando tenga sentido económico iniciar una acción, cada una de las víctimas consideradas aisladamente no tenga incentivos correctos para iniciar las acciones respectivas o no, al menos, en una cantidad óptima o próxima a la óptima, tal que sea capaz de disuadir al victimario potencial. Por eso la probabilidad de demanda es muy baja y tiene mucho sentido económico que se sumen a las sanciones típicas de la agencia, como las multas, las compensaciones derivadas de juicios por daños ante los tribunales ordinarios.

A fines de evitar que esto pueda afectar los incentivos para aplicar al programa de clemencia, la ley establece la facultad del Juez para reducir la indemnización o bien exonerar completamente a quienes hayan participado de este programa. De otro modo quienes aplican al programa de clemencia solo obtienen una reducción o exención completa de responsabilidad legal en el ámbito administrativo, pero no en el civil y comercial.<sup>26</sup>

La ley reduce costos de transacción (es decir hace menos costoso defender los derechos) estableciendo que siempre que la acción de daños y perjuicios se haya iniciado con posterioridad a resolución firme del Tribunal, esta hará cosa juzgada de tal modo que solo se deberá examinar la relación de causalidad y el monto de la reparación, eliminando del proceso la prueba de la existencia de la conducta fundamento de la acción de daños y perjuicios.

26. Esto, desde luego, puede despertar polémica, pero los redactores de la ley prefirieron proteger el programa de clemencia.

Probablemente, el empleo de un proceso colectivo, perfectamente habilitado en la Argentina para este tipo de asuntos, aun cuando todavía no muy empleado, sería de enorme utilidad, en tanto la extensión y homogeneidad del daño en materia de la competencia. Esta innovación institucional sería de enorme utilidad para inducir a los afectados a iniciar acciones, ya que reduciría los costos asociados al proceso y al mismo tiempo tendería a resolver el dilema de acción colectiva mencionado más arriba. Es que las infracciones al régimen de competencia, traducido en términos económicos, tienen efectos sobre la sociedad en general o una parte importante de personas, las que privadamente tienen pocos incentivos para llevar adelante un juicio complejo.

En un proceso entre privados o en el cual se hubieren afectado principalmente intereses de carácter netamente privados, las partes simplemente pueden capturar todo o buena parte del valor de una sentencia favorable por lo cual, siempre que este sea superior al costo de iniciar la acción, tienen incentivos para demandar. Pero en estos procesos, como se ha explicado, el daño se reparte entre muchas personas y cada una considerada individualmente enfrenta pocos incentivos para demandar. Un proceso de tipo colectivo baja los costos y sube el beneficio esperado del proceso haciendo que este sea más probable y económico.

En línea con este argumento, dada la baja probabilidad de detección y sanción de las conductas anticompetitivas, la ley establece la posibilidad del Juez de establecer una multa civil, del tipo daño punitivo, en términos algo similares a su procedencia en derecho del consumidor, con la finalidad, entre otras, de mantener constante el nivel de disuasión compensando la baja probabilidad de sanción.

Por último, solo a título informativo, para la reparación de daños la ley establece un plazo de prescripción distinto que para la prescripción de la acción de la conducta. Mientras que en este último caso se mantiene en 5 (cinco) años el plazo de prescripción, el proyecto establece un plazo de 3 (tres) años desde el cese de la infracción o bien de su conocimiento por parte del perjudicado y de 2 (dos) años desde que está firme la resolución del Tribunal.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este trabajo tiene como finalidad presentar las principales reformas introducidas por el proyecto de ley de Defensa de la Competencia presen-

tado ante el Congreso de la Nación en 2016, mostrando su racionalidad y atractivo, examinando no solo los incentivos que subyacen a las mismas, sino además resultados del derecho comparado.

En este sentido, se ha explicado que la finalidad central de la reforma consiste en (i) incrementar la disuasión, introduciendo sanciones más significativas y de aplicación más probable que en la actualidad; (ii) la creación de un moderno programa de clemencia; (iii) la implementación de un genuino sistema de control de concentraciones previo, como rige en la mayor parte de los países; (iv) la creación de una autoridad independiente del poder político, algo también frecuente en los países con alta calidad institucional y (v) reforzar la implementación de reglas aplicables a las acciones privadas por daños ocasionados consecuencia de conductas anti-competitivas, también en línea con exitosas experiencias internacionales.

Con esa finalidad se han expuesto cada una de las reformas que permiten el logro de estas metas, mostrando la diferencia y ventaja respecto de la legislación actual, mostrando la racionalidad económica de las mismas y comentando los principales resultados del derecho comparado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, Cécile, KOVACIC, William y REY, Patrick, *The impact of leniency programs on cartels*, Manuscript presented on the 2nd International Industrial Organization Conference, Chicago, 2004.
- , "The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, n° 6, 2006.
- BECKER, Gary S., "Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n° 3, 1983.
- , "Crime and Punishment an economic approach", en *Journal of Political Economy*, Vol. 76, n° 2, 1968.
- BRENNER, Steffen, "An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, n° 6, 2009.
- CHEN, J. Y HARRINGTON JR, J. E., "The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path", en GHOSAL, V. y STENNEK, J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007.

- DICK, Andrew R., "When are cartels stable contracts?", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, 1996.
- ELLIS, C. J. y WILSON, W. W., *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger*, University of Oregon, 2003, disponible en [<http://darkwing.uoregon.edu/wwilson>].
- KEE, Hiau L. y HOEKMAN, Bernard, "Competition Law as market discipline?", en *European Economic Review*, Vol. 51, n° 4, 2007.
- LAFFONT, Jean J. y TIROLE, Jean, "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, n° 4, 1991.
- LANDES, William M., "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, n° 2, 1983.
- HARRINGTON JR, Joseph E., "Optimal corporate leniency programs", en *The Journal of Industrial Economics*, Vol. LVI, n° 2, 2008.
- HINLOOPEN, Jeroen y SOETEVEENT, Adriaan R., "Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs", en *RAND Journal of Economics*, Vol. 39, n° 2, 2008.
- MILLER, Nathan H., "Strategic Leniency and Cartel Enforcement", en *American Economic Review*, Vol. 99, n° 3, 2009.
- MOTTA, Massimo y POLO, Michele, "Leniency Programs and Cartel Prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, n° 3, 2003.
- NICHOLSON, Michael W., "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, n° 4, 2008.
- PELTZMAN, Sam, "Toward a More General Theory of Regulation", en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976.
- SPAGNOLO, Giancarlo, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, Handbook of Antitrust Economics, Ed. P. Buccirossi: Cambridge, M.I.T. Press, 2007.
- STIGLER, George, "The theory of economic regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n° 1, 1971.
- , "The optimum enforcement of laws", en *Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3, 1970.
- TREVISÁN, Pablo, "Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia", en *La Ley*, AR/DOC/916/2016, abril 2016.
- WERDEN, Gregory J. y SIMON, Marilyn J., "Why Price Fixers Should Go to Prison", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 32, n° 4, 1987.

Documentos:

UNCTAD, *Independence and accountability of competition authorities*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008.

OECD, *The Objectives of Competition Law and Policy: Note by the Secretariat*, Global Forum on Competition, Session 1, Doc. n° CCNM/GF/COMP, 2003.