LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA DESDE EL DERECHO PÚBLICO:

SU DISEÑO INSTITUCIONAL, SU INTERACCIÓN CON OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA Y EL PROCEDIMIENTO APLICABLE

LEONARDO T. ORLANSKI

Índice

I) Introducción 2

II) Constitución, libertad y competencia 3

II.a) Conceptos económicos de competencia y mercado y su sentido jurídico constitucional 3

II.b) Libertad y competencia 5

II.c) La defensa de la competencia como imperativo constitucional y sus consecuencias 6

III) El sistema argentino de competencia desde la óptica iuspublicista 7

III.a) Aspectos institucionales 7

III.a.1) Conformación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia 8

III.a.2) Necesaria independencia del tribunal 10

III.b) Aproximación integral a todas las intervenciones estatales en la economía 14

III.b.1) Competencia y servicios públicos 14

III.b.2) Coordinación del fomento y la competencia 18

III.b.3) Intervenciones directas del Estado en la economía en paralelo de la LDC o en contraposición o sustitución de la misma 19

III.b.4) La actuación del Estado como agente del mercado y autoridad de competencia al mismo tiempo 21

III.b.5) Defensa de la competencia y ley de abastecimiento 22

III.c) Procedimiento administrativo o procedimiento penal 25

IV) Conclusión 27

I) INTRODUCCIÓN

Las Jornadas de Derecho Administrativo del año 2010 tenían como título "Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento".

Precisamente en la defensa de los mercados el Estado utiliza todos esos instrumentos que le brinda el derecho administrativo: los regímenes de servicios públicos y actividades reguladas, el poder de policía y el fomento.

Además de los medios antes mencionados, el Estado actúa también en la economía a través de la defensa de la competencia, aunque este instituto, pese a ser, nuevamente, otra herramienta del mismo Estado, no se estudia frecuentemente desde la perspectiva del derecho administrativo.

En ese contexto, debe destacarse que la intervención estatal en los mercados tiene distintos grados que debieran depender de la eficiencia intrínseca de cada mercado, aunque en los hechos no siempre es así. En términos generales, podrían graduarse las actividades económicas, según el tipo de intervención estatal, en aquellas que se encuentran bajo regulación sustitutiva –es decir, la regulación sustituye completamente al mercado sin que exista competencia de ningún tipo-, otras que se encuentran bajo regulación competitiva –existe competencia enmarcada en una regulación sectorial que la permite- y actividades libres[1].

No deja de tener sentido que éstas últimas sean poco estudiadas desde el derecho administrativo, pues se rigen principalmente por el derecho privado (en particular, el derecho de los contratos y de la responsabilidad civil), aunque no debe olvidarse que también están sujetas al derecho de la competencia.

De este modo, teniendo en cuenta que el derecho de la competencia no deja de ser un instrumento más de intervención del Estado en la economía, resulta necesario su estudio desde la óptica del derecho constitucional y administrativo para poder así enmarcar la actuación estatal y el ejercicio de sus facultades propias dentro de los principios generales del derecho público y, al mismo tiempo, dotar a los particulares de las garantías que contrarresten tales facultades.

[1] Ver Leonardo T. ORLANSKI, "Competencia y Regulación", Ad-Hoc, 2006.

Por este motivo, el objeto de este trabajo es intentar una aproximación a una visión del régimen de defensa de la competencia desde una mirada iuspublicista, en cuanto instrumento de actuación estatal. A estos efectos, se describirán como punto de partida los conceptos económicos y jurídicos –sobre todo constitucionales- que servirán de base para este análisis. Seguidamente, se evaluarán los aspectos institucionales del sistema argentino de defensa de la competencia, su interacción con otras modalidades de intervención estatal en la economía y finalmente se harán algunas apreciaciones sobre el procedimiento que rige en su aplicación.

II) CONSTITUCIÓN, LIBERTAD Y COMPETENCIA

II.a) CONCEPTOS ECONÓMICOS DE COMPETENCIA Y MERCADO Y SU SENTIDO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

El concepto de competencia proviene de las ciencias económicas, sin que exista una definición legal que la delimite como concepto jurídico. En esencia, consiste en la rivalidad entre agentes económicos que están en una misma posición en el mercado, pujando sobre todo por vender –aunque en casos excepcionales también por adquirir- un mismo bien. Dichos agentes se encuentran, en consecuencia, en un permanente "estrés" por conservar y adquirir nuevos clientes. A su vez, no es necesario que existan efectivamente dos o más actores de un mismo mercado pujando entre sí, sino que puede haber condiciones de competencia en la medida en que un mercado monopólico sea desafiable[2].

El mercado, por su parte, es el espacio en donde convergen los agentes económicos (oferentes, demandantes e intermediarios) para satisfacer sus necesidades mediante la interacción de la oferta y la demanda. Por mercado competitivo se entiende aquél en el que

[2] Cfr. Oscar R. AGUILAR VALDEZ, "Competencia y Regulación Económica, -Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en "Servicio Público, Policía y Fomento", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ed. Rap, Bs. As., 2003, pág. 59. Ver también Resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 164/2001, II.2, en cuanto se refiere a competidores potenciales. De hecho, la supresión de competencia potencial fue el principal argumento de consumidores que exigieron una desinversión en la fusión entre InBeV NV/SA y Anheuser-Busch Companies, Inc., lo cual fue recientemente rechazado por la Cámara de Apelaciones del Octavo Circuito del Distrito de Eastern Missouri, Estados Unidos (cfr. *United States Court of Appeals for the EighthCircuit, District Court for the Eastern District of Missouri, "Marty Ginsburg, et al. v. InBev NV/SA; Anheuser-Busch Companies, Inc.; Anheuser-Busch, Inc.*, 27 de octubre de 2010).

existe (efectiva o potencialmente), al menos, más de un oferente y más de un comprador que competirán entre sí en algún aspecto de un determinado producto.

La manera en que estos conceptos económicos comienzan a interactuar con lo jurídico se da nada menos que en el ámbito de la libertad. Todo el sistema creado por la Constitución Nacional en 1853 se encuentra enraizado fuertemente en el concepto de libertad, incluida desde ya la libertad de actividades económicas: así, puede observarse la protección genérica que otorga el artículo 19 a la libertad de acción y, más específicamente, el artículo 14 a la libertad de industria y el 17 a la propiedad[3]. En este contexto propuesto por la Constitución de 1853 de libertad de empresa, la reforma constitucional de 1994 dispuso que las autoridades provean a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (artículo 42). En el artículo 43, por su parte, se incorporó la acción de amparo para ser interpuesta en lo relativo a los derechos que protegen, entre otras cosas, la competencia.

Ahora bien, la incorporación de la defensa de la competencia en 1994 viene de alguna manera a limitar esa libertad consagrada originalmente en la Constitución, toda vez que no todas las decisiones comerciales posibles serán legítimas, pero también sirve como un marco de protección de esa misma libertad, permitiendo y asegurando su ejercicio dentro de ciertos parámetros establecidos. No es menor en este sentido el mandato del constituyente de evitar toda "distorsión de los mercados", es decir, toda afectación de ese ámbito de transacciones que impida el normal ejercicio de la libertad.

Lo expuesto en los párrafos anteriores permite llegar a dos premisas que determinarán todas las conclusiones que se propondrán más abajo:

1. Sin auténtica libertad, en su más pleno sentido constitucional, no hay competencia posible;
2. La defensa de la competencia no es una opción más dentro de las posibilidades de intervención estatal en la economía, sino que constituye un expreso mandato constitucional.

[3] Para un análisis constitucional de la libertad de empresa y su relación con la defensa de la competencia, ver José Eugenio SORIANO GARCÍA, "Derecho Público de la Competencia", ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, cap. 4. Ver también Ernesto CIONFRINI, "La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional", Doctrina J 305, 2000-2; y Guillermina TAJAN, "Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina", en Boletín Latinoamericano de Competencia, publicado por la Comisión Europea, N. 13, noviembre de 2001, pág. 15.

II.b) LIBERTAD Y COMPETENCIA

Parece una obviedad, pero la práctica demuestra que no es así: el eje que delimita los distintos tipos de intervención estatal es precisamente la libertad. Para que exista competencia, debe haber libertad. Cuando las decisiones particulares no son libres sino que vienen impuestas por un mandato estatal, se advierte enseguida la presencia del elemento paradigmático del servicio público, esto es, la obligatoriedad[4].

Para decirlo en términos bien concretos, no es posible, por ejemplo, que el Estado fomente y exija un acuerdo de precios a un determinado sector para contener potenciales efectos inflacionarios y que, al mismo tiempo, se acuse a ese sector de colusión bajo la normativa de defensa de la competencia. Es que, según se analizará más adelante, no puede pretenderse ni es razonable aplicar la legislación de defensa de la competencia cuando en un mercado existe una intervención estatal que altera sus condiciones normales. En otras palabras, si los agentes económicos no toman las decisiones que típicamente adoptarían en un ámbito de libertad, podrían ser de aplicación distintos regímenes jurídicos en los cuales

[4]Cfr. Héctor A. MAIRAL, "La ideología del servicio público", en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, N° 14, Buenos Aires, 1993, pág. 489. Explica también MAIRAL que "Dentro del campo de la economía el control principal viene dado por el mercado y el juego de la libre competencia. Ello explica la importancia que el derecho norteamericano asigna a la legislación antitrust, la que aplica con un grado de vigor desconocido en nuestro país. Pero ciertas actividades escapan al control del mercado, sea por la existencia de monopolios naturales, sea por el alto poder de negociación que tiene una de las partes. En otros casos la decisión legislativa de limitar la competencia puede basarse en la necesidad de asegurar niveles de seguridad mayores que los que resultarían de un mercado plenamente competitivo. En estos casos aparece la regulación gubernamental para impedir que la situación monopólica devenga abusiva, o para evitar una competencia de efectos negativos. Existen entonces dos grandes mecanismos de intervención gubernamental en la economía: la legislación antitrust y la regulación, cuyas diferencias son notorias. La regulación de una industria está basada en la conclusión de que las presiones privadas del mercado son inadecuadas y continuarán siéndolo, y que el gobierno debe proveer los ingredientes faltantes, invariablemente mediante la limitación de la libertad de elección o acción de las empresas privadas. La legislación antimonopólica, por el contrario, da por sentado que la competencia privada en el mercado es posible y que en esta circunstancia la regulación legal debe limitarse a la adopción de aquellas medidas necesarias para asegurar la apertura de los mercados. De allí que, por lo general, la legislación antitrust no se aplique cuando se trata de conductas que gozan de aprobación del ente regulador del public utility" (ob. cit., pág. 380). En igual sentido, expresa Oscar AGUILAR VALDEZ que "la "regulación" es una forma de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos y que obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera" ("Competencia y Regulación Económica, -Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en "Servicio Público, Policía y Fomento", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ed. Rap, Bs. As., 2003, pág. 79). Por su parte, Rodolfo BARRA distingue cinco niveles de intervención estatal en la libertad negocial. Así, en un primer nivel (que sería el de competencia) la regla es justamente la libertad negocial. En un segundo nivel aparecen los límites de orden público, es decir, aquellas disposiciones normativas que los particulares no pueden dejar de lado mediante acuerdo entre ellos. Se trata ésta de una delimitación impuesta por el Estado en forma negativa y pasiva. El tercer nivel sería el llamado poder de policía, en el cual ya puede hablarse de intervención negativa activa. En el cuarto nivel el Estado interviene de forma positiva, incentivando los comportamientos particulares (sería el caso del fomento). Por último, en un quinto lugar aparece la regulación propiamente dicha, a través de la cual el Estado le impone a los particulares conductas determinadas o, en otras palabras, les dice lo que deben hacer (conf. Rodolfo Carlos BARRA, "Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público", en "Servicio Público, Policía y Fomento", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ed. Rap, Bs. As., 2003, pág.49).

se contempla una mayor injerencia estatal, pero debe excluirse necesariamente la aplicación del régimen de defensa de la competencia.

II.c) LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS

Como se ha adelantado, toda la lectura del sistema de competencia argentino que se propondrá seguidamente se encuentra determinada por el hecho de que la "competencia" dentro de un "mercado", tal como estos conceptos se definieron anteriormente, no es "una opción más" para el Estado argentino dentro de muchas otras formas de intervención en la economía. Por el contrario, a partir de la reforma constitucional de 1994, para la generalidad de las actividades económicas la competencia –y, por tanto, la libertad de acción y el "mercado"[5]-, son imperativos de la mayor jerarquía legal, independientes de los sucesivos gobiernos y de la orientación política y económica que los inspiren. Solo cabría exceptuar contados casos de sectores excluidos total o parcialmente de la competencia por regulaciones verticales particulares para cada caso, que en la terminología del constituyente podrían denominarse "servicios públicos"[6].

Así, numerosos aspectos que se evalúen seguidamente tanto sobre la aplicación del régimen de competencia como de otras intervenciones estatales en la economía no tendrán que ver solo con cuestiones discrecionales para el poder administrador o incluso para el legislador, sino con puntos que cuentan con raigambre constitucional. La Constitución Nacional exige garantizar la competencia y, como se ha apuntado anteriormente, para que haya competencia debe haber libertad de los agentes económicos.

De este modo, por ejemplo, intervenciones estatales en la economía no solo "en paralelo" al régimen de competencia sino incluso en sentido contrario, podrían bien ser tenidas como inconstitucionales por este y muchos otros motivos más. De la misma manera, la falta de constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia no es una omisión intrascendente, sino que constituye una actitud inconstitucional al menos por tres motivos, como se explicará en detalle más abajo: por ser una violación expresa y directa de un mandato legal; por no maximizar por todos los medios razonables posibles la instrucción que la Constitución emite en su artículo 42 de resguardar la competencia; y por permitirse el

[5] Alejandro PÉREZ HUALDE ratifica que a partir de la reforma del 1994, el mercado mismo es un valor a proteger, según surge del nuevo texto constitucional ("Constitución y Economía", ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 98.
[6] Para una distinción de estas actividades y sus efectos, ver ORLANSKI, ob, cit.

ejercicio por parte de funcionarios políticos de facultades severas y ampliamente discrecionales ideadas originalmente para un tribunal independiente .

III) EL SISTEMA ARGENTINO DE COMPETENCIA DESDE LA ÓPTICA IUSPUBLICISTA

Además de las previsiones constitucionales referidas anteriormente, el régimen argentino de defensa de la competencia se encuentra gobernado, principalmente, por la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 (en adelante, la "LDC") y su reglamentación. A diferencia de lo que se entiende y asume habitualmente, se trata de un régimen de derecho público[7].

III.a) ASPECTOS INSTITUCIONALES

Para un análisis enfocado desde el derecho público, el primer punto a observar es aquel referido a su estructura institucional. En este aspecto, podrá advertirse que en materia de defensa de la competencia nos encontramos frente a una situación muy particular.

En términos muy sintéticos, el régimen de defensa de la competencia previsto en la LDC y sus disposiciones reglamentarias encomiendan a la autoridad de aplicación la investigación y eventual castigo de ciertas conductas prohibidas y la aprobación de operaciones de concentración económica que superen determinada envergadura[8].

Para ello, la LDC prevé un sistema híbrido, conformado por un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, "TDC"), como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación y cuyo procedimiento debe regirse por el Código Procesal Penal de la Nación. En la práctica, el TDC nunca se constituyó, siendo sus funciones ejercidas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC"), quien lleva adelante los procedimientos derivados de la aplicación de la LDC y elabora un dictamen de recomendación final no vinculante, siendo las decisiones adoptadas por la Secretaría de Comercio Interior. En otras palabras, la situación institucional actual tiene numerosas particularidades, tanto en las previsiones de la LDC como en lo que ocurre en la realidad, incluyendo las siguientes:

[7] Cfr. Decreto 1019/99, considerando 11.
[8] También es su función la denominada "abogacía de la competencia", aunque el lugar que ha ocupado frente a las otras dos funciones mencionadas no ha sido significativo.

- El organismo a cargo, según la LDC, es un tribunal, pero éste tribunal no pertenece al Poder Judicial sino que se encuadra dentro de la estructura del Poder Ejecutivo. A estos efectos la LDC prevé ciertas garantías de independencia de los miembros del TDC que, al no estar constituido, no se aplican.
- Pese a ser un tribunal administrativo, no se encuentra regido por normas de derecho administrativo sino por el Código Procesal Penal de la Nación. Ello es así aún cuando el procedimiento lo lleve adelante una comisión administrativa, como es el caso de la CNDC.
- El TDC aún no ha sido constituido, con lo cual la antigua CNDC que funcionaba bajo la anterior ley de defensa de la competencia 22.262 continúa desempeñando su tarea, aunque asumiendo las nuevas facultades que la LDC pensó para un tribunal. Más aún, la decisión final la tiene un funcionario de corte netamente político, como es el Secretario de Comercio Interior.

Frente a este panorama, no resulta difícil advertir que existen serios riesgos de lagunas e indefiniciones en cuanto al marco legal dentro del cual el Estado debe ejercer sus legítimas atribuciones, como así también existe un riesgo considerable de vulneración de los derechos individuales de los particulares, todo lo cual es imperioso corregir de manera urgente.

Como una primera aproximación a los aspectos institucionales que debería atender esa revisión, se identificarán los siguientes: (i) la conformación del TDC y (ii) la revisión de las decisiones de dicho tribunal por parte del poder político y la preservación de su independencia.

III.a.1) Conformación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia

La conformación del TDC ha sido reiteradamente incumplida por todas las administraciones desde la sanción de la LDC en 1999.

Se trata ésta de una severa inconstitucionalidad por omisión, por al menos tres razones:

- Por la contraposición directa con lo establecido en la LDC;
- Por no maximizar el mandato constitucional de velar por la protección de la competencia y evitar la distorsión de los mercados;

- Por otorgar a funcionarios de la administración central graves atribuciones pensadas solo para funcionarios con la independencia propia de un juez. Es más, si la conformación de un tribunal administrativo requiere en sí misma un escrutinio muy cuidadoso para no violentar el artículo 109 de la Constitución Nacional, no hay dudas de que el otorgamiento de esas mismas facultades a un funcionario político no resulta aceptable.

Una visión similar del problema ha tenido la OCDE en el Informe inter-pares 2006, en el cual lamentó la falta de constitución del tribunal y la inseguridad que genera el modo de aplicación actual de la ley[9].

Desde el lado del Poder Ejecutivo el problema no se ha visto de la misma manera, pues en el informe 76/2009 del Jefe de Gabinete a la Cámara de Diputados se sostuvo que "*resulta evidente que el Artículo 17 de la ley está en desuetudo, es decir en desuso causado por la falta de aplicación de esta norma durante un lapso importante. Efectivamente, la costumbre ha permitido con eficacia la derogatoria de una norma, que en este caso no es una costumbre contra legem, puesto que la Ley 25.156 previó el mecanismo utilizado luego para preservar su vigencia, salvando el incumplimiento de la constitución del Tribunal*."

Lamentablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha perdido varias oportunidades de acabar con esta situación irregular, sin perjuicio de diversos obstáculos formales que puedan haber existido en las distintas causas, en donde en definitiva convalidó una actuación de instrucción de la CNDC y decisoria de la Secretaría de Comercio Interior[10]. No obstante ello, en el último año las Cámaras de los fueros Penal Económico y Civil y Comercial Federal finalmente decidieron hacerse eco de este verdadero escándalo y declararon la nulidad de varias decisiones de la CNDC[11].

---

[9] Puede verse este informe en http://www.oecd.org/dataoecd/2/40/37458314.pdf.

[10] Cfr. CSJN, "Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/apel. Resol. CNDC" y "Recreativos Franco s/apel. Resol. CNDC", de fecha 5 de junio de 2007, y "Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista General Alvear s/ Acción de Amparo c/ Estado Nacional", de fecha 16/04/2008. En particular, el procedimiento de control de concentraciones económicas fue convalidado por la Corte Suprema en "Aeroandina S.A. y otra", del 4 de abril de 2006.

[11] Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, "Telecom Italia SpA y otro", 27/07/09; "Direct TV Argentina S.A.", 25/02/10, AR/JUR/222/2010; "Cablevisión S.A.", 19/02/2010, AR/JUR/213/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, "Grupo Clarín S.A.; Vistone LLC; Fintech Advisory Inc. Fintech Media LLC; VLG Argentina LLC y Cablevisión S.A. s/ notificación art. 8 de la ley 25.156 (conc. 0596 incidente)", 30/12/2009, AR/JUR/57454/2009. Ver también "Sintonia S.A. y Otros S/ Rec. de queja por apelación denegada", 17 de junio de 2010; "Telecom Italia SPA y otro S/ Recurso de queja por apelación denegada," y "Telecom Italia SPA y otro S/ Recurso de queja por rec. directo denegado"). En el caso Telecom, la Cámara en lo Penal Económico revocó una decisión del Secretario de Comercio Interior que condicionó la aprobación de una concentración e impuso sanciones a las partes con fundamento en violaciones al debido proceso, pero agregando además que la falta de constitución del TDC constituía un verdadero escándalo, razón por la cual requirió al Poder Ejecutivo la conformación del tribunal (ver "Incidente de Apelación de Telefónica S.A. y otros contra Resolución SCI Nº 483/09 (en autos principales: "Pirelli & CS.P.A. y otros s/

Es pues prioritario, a todas luces, que se avance en el cumplimiento de las disposiciones de la LDC relativas a este punto, de modo de dotar de una adecuada institucionalidad a nuestro sistema de defensa de la competencia.

III.a.2) Necesaria independencia del tribunal

La situación actual en la cual las decisiones previstas en la LDC son tomadas por un Secretario de Estado es claramente indeseable. Ahora bien, ello no se soluciona automáticamente por la conformación de un tribunal administrativo como el TDC si no están dadas las condiciones necesarias para garantizar su independencia, tanto en lo que hace a su designación, permanencia y remoción, como en lo que respecta a la revisión de sus decisiones.

Nótese que ya el hecho de que estemos ante un tribunal administrativo incrementa las preocupaciones y, por tanto, los recaudos que deben adoptarse. No en vano la constitución prohibió expresamente la suma del poder público en cabeza del Poder Ejecutivo (artículo 29) y el ejercicio por el mismo Poder de facultades jurisdiccionales (artículo 109)[12].

A su vez, es necesario desterrar una concepción errada que pareciera entender con naturalidad que la conformación de un tribunal administrativo tiene como finalidad una mayor cercanía con el poder político y una mayor posibilidad de influencia en sus decisiones que si el tribunal fuera judicial. Bien por el contrario, un diseño institucional en el límite de lo constitucionalmente aceptable solo podría justificarse con sólidas razones de eficiencia, pero perdería toda legitimidad en el momento en que se detecte la más mínima vulnerabilidad frente a las administraciones de turno. Es más, no solo no debe tolerarse una

---

notificación art. 8 ley 25.156)", 1 de febrero de 2010. La decisión de la Cámara indicó que el mismo secretario de estado que ya había incumplido con las normas procedimentales respectivas no podía encarar un nuevo procedimiento. Siguiendo esta decisión, el Ministerio de Economía designó al Secretario de Política Económica para que prosiga con el procedimiento de aprobación de concentraciones económicas (ver Resolución 82/2010 del Ministerio de Economía), quien a su vez instruyó a la CNDC a continuar el procedimiento en cumplimiento del antes mencionado fallo de la Cámara en lo Penal Económico (ver Resolución 14/2010 de la Secretaría de Política Económica). Las partes involucradas apelaron esta decisión frente a la misma Cámara sobre la base de que de acuerdo a la decisión anterior en el mismo caso, la CNDC y el Secretario de Política Económica carecían de facultades para continuar con el procedimiento. Sin embargo, la Cámara rechazo la apelación en base a consideraciones de tipo formal, autorizando al Secretario de Política Económica y a la CNDC a llevar a cabo el procedimiento de aprobación de concentraciones económicas, con lo cual la objeción frente al funcionamiento actual del sistema no fue definitiva (ver Telefónica de España, Olimpia y Otros s/ diligencias preliminares s/ Ley 25.156", May 6, 2010).

[12] Desde ya que no se cuestiona la validez en sí de los tribunales administrativos, aceptados desde hace tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación condicionados a la revisión judicial suficiente (de hechos y derecho) de sus decisiones ("Fernández Arias c/ Poggio", Fallos 247:646, J.A. 1960-V-447). Ello no significa, sin embargo, que sean la solución institucional más deseable.

menor independencia sino que justamente por estar más cerca del poder político es mayor incluso la necesidad de fortalecer las garantías de imparcialidad que en el caso de los tribunales judiciales.

La realidad no ha transitado por esos caminos. Más allá de que el TDC no fue constituido, no han faltado proyectos que pretendieron implementarlo con una marcada merma de su independencia y sujetando sus decisiones a un veto político posterior[13].

Frente a ello, nuevamente, un gran paso sería aplicar las disposiciones de la LDC y un paso mayor sería además mejorarlas[14], sin caer en la tentación habitual de "aprovechar" que hay una etapa de control de concentraciones para incluir mecanismos políticos de intervención en operaciones de concentración o en conductas anticompetitivas ajenos al análisis puramente técnico de la competencia.

Sobre este punto, es importante destacar que la defensa de la competencia es una rama del derecho y de la economía que puede estudiarse científicamente, precisamente con los métodos aplicables en las mencionadas ciencias. No hay motivos aceptables para mezclar continuamente las decisiones fundadas en análisis técnicos con intereses políticos, legítimos o no. A nadie se le ocurriría supeditar las decisiones de un tribunal judicial a un control "político" posterior. Es más, ni siquiera ocurre lo mismo con otros tribunales administrativos que tienen en sus manos intereses muy concretos de los gobiernos de turno, como es el caso del Tribunal Fiscal de la Nación (¿o acaso se consideró en alguna oportunidad someter sus sentencias a un control político posterior de la AFIP, pese a que puede haber intereses estratégicos de por medio como los ingresos de las arcas públicas?).

Es muy probable, además, que decisiones independientes fundadas en criterios técnicos sean más previsibles y por tanto proporcionen más seguridad jurídica. A su vez, a mayor seguridad jurídica, menores son los costos de transacción y mayores las posibilidades de

[13] El proyecto de reforma de la LDC enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en 2005 habilitaba al Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía, a modificar el dictamen del Tribunal referido a una operación de concentración "... cuando existieren razones de interés general de la Nación y únicamente en los casos en la operación de concentración se produzca en las áreas de servicios públicos, defensa, energía o minería, o que la operación analizada tenga un alto impacto en el empleo o la inversión...". Además, proponía conformar el tribunal con los miembros de la CNDC que estaban en ese momento en funciones, más dos designados por el propio Poder Ejecutivo sin concurso previo.

[14] Entre las propuestas para promover la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, Urbiztondo sugiere con criterio la aprobación de presupuestos plurianuales que le garanticen la disponibilidad de los fondos necesarios en el corto plazo (ob. cit., pág. 3). También podría pensarse en la incorporación de un régimen de control parlamentario al modo de la ley española, tal como se explica más abajo.

desarrollo económico, con el consiguiente beneficio para el interés económico general, que es precisamente la finalidad de la defensa de la competencia[15].

Es por ello que, insistimos, los aspectos institucionales son neurálgicos y su adecuada preservación constituye una obligación en cualquier análisis iuspublicista de un mecanismo de intervención estatal.

No parece tener mucho sentido ahondar demasiado en lo que marcan las experiencias internacionales en materia de independencia de la autoridad de competencia[16], aún reconociendo que en muchos casos (quizás la mayoría) existe un cierto grado de intervención del poder político.

En ese contexto de intervención casi inevitable del poder político, la Ley española 15/2007 adoptó una solución que puede no ser la ideal pero es ingeniosa. Una vez evaluada una operación por la Comisión Nacional de la Competencia (organismo único e independiente del gobierno español), el consejo de ministros del gobierno español puede valorar las concentraciones bajo los siguientes criterios distintos a los de competencia, taxativamente enunciados:

a) defensa y seguridad nacional,
b) protección de la seguridad o salud públicas,
c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
d) protección del medio ambiente,
e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

La primera ventaja que se observa en el régimen español es que se "blanquea" la finalidad detrás de la decisión, sin esconder detrás del concepto de competencia a razones que le son totalmente ajenas para aprobar una determinada operación.

[15] Con toda precisión ha indicado Santiago Urbiztondo que "La experiencia internacional en materia de defensa de la competencia, tanto en la supervisión de conductas anticompetitivas como en el control de fusiones y adquisiciones (F&A), indica la necesidad de que: a) los objetivos que guían a la autoridad antitrust se acoten a la eficiencia económica, b) el control sirva para defender o preservar un mecanismo (la competencia), entendiendo que este mecanismo beneficia en definitiva a los consumidores en el corto y/o mediano plazo, pero no para defender a los competidores o para regular estructuras de mercado, c) los mecanismos deben funcionar de manera transparente y sus análisis deben ser llevados adelante en plazos acotados por cuerpos profesionalmente idóneos, y d) todos estos elementos puedan ser correctamente anticipados por las empresas en su toma de decisiones, evitando en lo posible el riesgo regulatorio" ("El Proyecto de Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia: algunos comentarios críticos", FIEL, agosto 2005).

[16] Por mencionar un caso ejemplar, Chile cuenta con un tribunal judicial, de reconocida independencia, con facultades ampliadas por la reciente reforma del 13 de julio de 2009.

Pero el mejor aporte resulta ser la manera en que funciona: solo puede utilizarse si la Comisión Nacional de Competencia resuelve denegar o condicionar la autorización a una concentración económica. Resultará entonces muy incómodo para el funcionario político autorizar una concentración que la autoridad especializada ha decidido objetar desde un punto de vista técnico de defensa de la competencia. No contempla este sistema la posibilidad inversa consistente en que el funcionario político vete una concentración que no presenta preocupaciones relacionadas con la competencia, como se preveía en el proyecto de modificación de la LDC del año 2005 citado anteriormente.

A este mecanismo la ley española agrega otro elemento de gran relevancia y que sería de mucha utilidad en nuestra LDC: el control parlamentario. El mismo se efectúa a través de diversos mecanismos, que van desde los informes hasta distintas situaciones de comparecencia ante comisiones del Congreso[17].

En síntesis, la defensa de la competencia constituye una disciplina jurídica y económica que permite fundar decisiones con criterios técnicos. Por consiguiente, la única manera en que se obtendrá un desarrollo efectivo de esta disciplina es dotando a los órganos encargados de su aplicación de sólidas garantías de independencia.

En lo que hace a conductas anticompetitivas, la decisión de la autoridad de competencia debería encontrarse sujeta exclusivamente a control judicial posterior. En lo referente a concentraciones económicas, la pretendida independencia no quita necesariamente, aunque sería deseable, que el Estado pueda adoptar algún mecanismo de control político en la medida en que se encuentre previsto legalmente, se lo lleve a cabo a través de los canales procedimentales correspondientes, y se respeten las garantías de los particulares. En otras palabras, ello implicaría llamar a las cosas por su nombre: una cosa sería el control de una concentración fundado en razones de competencia y otra distinta sería que, una vez

[17]Establece el artículo 28 de la ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia, en efecto, que:
1. La Comisión Nacional de la Competencia hará pública su memoria anual de actuaciones, que enviará al Ministro de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados.
2. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro.
Igualmente, el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia enviará al Ministro de Economía y Hacienda con carácter anual una programación de sus actividades.
3. La Comisión Nacional de la Competencia enviará al Ministro de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados sus informes anuales sobre la situación competitiva de los mercados y sobre la actuación del sector público así como los informes sectoriales que apruebe en aplicación de lo previsto en el artículo 26 de la presente Ley.
4. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y, en su caso, los miembros de ésta, comparecerán ante las Cámaras y sus Comisiones a petición de las mismas en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.

agotado el escrutinio de concurrencia, resulte aplicable otro mecanismo distinto de control político que podría variar según el interés estratégico de la industria de que se trate. A estos efectos la solución española descripta anteriormente podría ser de utilidad.

III.b) APROXIMACIÓN INTEGRAL A TODAS LAS INTERVENCIONES ESTATALES EN LA ECONOMÍA

El Estado interviene de diversas formas en la economía, no obstante lo cual la Constitución Nacional menciona expresamente dos: el control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados en el ya citado artículo 42. Puede además advertirse claramente la previsión del fomento en el artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional.

Más allá de las previsiones constitucionales antes mencionadas, la práctica ha desarrollado numerosas formas de intervención estatal en los mercados. Así, pueden mencionarse las intervenciones de hecho tendientes a evitar incrementos de precio, las instrumentadas a través de la actuación del Estado como un agente más del mercado, las previstas en la ley de abastecimiento y aquellas dispuestas en el contexto de emergencias económicas –las cuales claramente exceden el ámbito de este trabajo-.

En síntesis, la necesaria protección de la competencia por parte del Estado debe compatibilizarse, al menos, con los siguientes modos de intervención:

- Los servicios públicos
- El fomento
- Las intervenciones de hecho en los mercados
- La actuación del Estado como empresario
- La aplicación de la ley de abastecimiento

III.b.1) Competencia y servicios públicos

La primera interacción de intervenciones estatales a analizar es aquella prevista en la propia Constitución, vinculada a los “servicios públicos”. Más genéricamente, nos referiremos a la interacción con las actividades reguladas.

El mayor cuestionamiento que puede surgir en este ámbito es si la autoridad competente para promover la competencia en sectores regulados es el TDC (o CNDC, mientras continúe actuando) o el ente regulador sectorial.

La LDC tuvo la particularidad de haber sido dictada a casi diez años de una profunda transformación en los sectores regulados de la economía. Con ello en consideración, contempló, aunque tímidamente, una cierta interacción entre el TDC y los distintos reguladores sectoriales.

No obstante ello, en la práctica se verificó una gran confusión, con disparidad de criterios legales, académicos y jurisprudenciales, que derivaron en situaciones en las que tanto los entes sectoriales como la CNDC quisieron ser competentes, como otros en los cuales ninguno quería asumir responsabilidad por un determinado asunto.

No caben dudas pues de que ésta es una de las grandes asignaturas pendientes en el desarrollo institucional de la práctica de competencia en Argentina, y que requeriría adaptaciones de la LDC de darse una reforma. Es por ello que, sin pretender agotar un tema tan complejo en las escazas páginas de este trabajo, conviene analizar sucintamente las previsiones de la LDC en la materia, el modo en que han sido aplicadas, las consideraciones para una eventual reforma y la manera en que se ha resuelto la cuestión en otros países[18].

Con anterioridad a la sanción de la LDC la cuestión de la distribución de competencias entre los entes reguladores y las autoridades de la competencia era discutida y se encontraba sujeta a reglamentaciones distintas según los sectores.

Luego de las privatizaciones y creados los entes reguladores, la tendencia parecía inclinarse hacia la atribución de facultades al ente regulador[19]. Así ocurrió, por ejemplo, en los marcos regulatorios de los servicios de energía eléctrica[20], gas y telecomunicaciones, los cuales contienen diversas regulaciones propias de una normativa de competencia, otorgando a los entes reguladores facultades para intervenir frente a las violaciones a esas

[18] Para un estudio más extenso de la interrelación entre competencia y regulación, ver ORLANSKI, ob cit.
[19] Cfr. AGUILAR VALDEZ, *"Entes reguladores de servicios públicos: apuntes sobre su funcionamiento", en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan-Randolph Brewer-Carías, Caracas, 2002,* pág. 45.
[20] Cfr. Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, 8/5/00, publicado en La Ley, 2001-A-641, en donde se dispuso que era al ENRE a quien correspondía iniciar las acciones judiciales a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 24.065 con relación a la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 41 de la anterior Ley 22.262 de Defensa de la Competencia.

previsiones[21] y para dictar normas generales referidas a prácticas restrictivas de la competencia[22].

En ejercicio de estas facultades, entes reguladores como el ENARGAS llegaron a aplicar directamente la anterior ley de defensa de la competencia[23], hoy derogada. En igual sentido, la CNDC opinó bajo la misma ley que "*son los entes reguladores de los respectivos servicios públicos quienes se encuentran capacitados para efectuar el seguimiento de las conductas desarrolladas por cada una de las empresas licenciatarias de dichos servicios*"[24].

Junto con estas atribuciones, los mismos marcos regulatorios otorgaron a los entes reguladores el control de disposiciones regulatorias estrechamente ligadas al aseguramiento de un mercado competitivo, tales como las referidas a la preservación de la segmentación horizontal o vertical de cada uno de los mercados por ellos regulados[25]. A diferencia de los casos del gas y la electricidad, pero señalando igualmente la tendencia a atribuir la competencia al ente regulador, otros marcos regulatorios que se fueron creando con las privatizaciones ni siquiera consideraron la existencia de la Ley 22.262 ni de la CNDC[26].

Por su parte, la LDC contiene tres artículos relacionados con la distribución de atribuciones que pueden ser de aplicación en el conflicto de competencias entre los entes reguladores y la CNDC. Uno de ellos se refiere concretamente a las actividades reguladas, aunque se encuentra limitado al procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones, siendo

---

[21] Así, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley 24.065 del marco regulatorio eléctrico dispone que "Los generadores, transportistas y distribuidores no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ni abuso de una posición dominante en el mercado", reiterándose los mismos conceptos en los contratos de concesión de los servicios de distribución y transporte. A su vez, entre las facultades y funciones del ENRE establece las de "prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios" (artículo 56, inciso c), debiendo el ente convocar a audiencia pública para decidir en esta materia (conf. artículo 74, inciso b). Idéntico criterio es receptado en el artículo 23 de la Ley 24.076 del marco regulatorio del gas, el cual ordena al ENARGAS "Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores…" (artículo 52, inciso d). Al igual que lo establecido en el marco regulatorio eléctrico, antes de dictar una resolución al respecto a conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado, el ente debe convocar a una audiencia pública (artículo 68, inciso b).

[22] Sobre este punto, constituye un antecedente el Decreto 264/98 que instruyó a la Secretaría de Comunicaciones para que dicte un "Reglamento General de Prácticas Restrictivas de la Competencia y Subsidios Cruzados", el cual nunca fue dictado.

[23] Así, en la Resolución 1328/99 el ENARGAS rechazó un recurso de Litoral Gas S.A. en el cual esta sociedad se agraviaba de que el ente no hubiera considerado un contrato entre un comercializador y un usuario como violatorio de la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia vigente en ese entonces.

[24] Dictamen de la CNDC N° 348/2001, del 7/2/01, citado por AGUILAR VALDEZ, *Entes reguladores...*, cit., pág. 45.

[25] Ver, por ejemplo, Ley 24.065, arts. 30 a 33 y artículo 52, inc. c); Ley 24.076, arts. 34 a 36 y artículo 52, inc. d).

[26] Cfr. Mauricio BUTERA, "La inserción de la agencia de defensa de la competencia en la agenda política. Un desafío impostergable", en Boletín Latinoamericano de Competencia, http: //europa.eu.int/comm/competition/international/others, N. 13, noviembre de 2001., pág. 11.

por tanto inaplicable en forma directa, por ejemplo, al juzgamiento de una conducta anticompetitiva (vgr. una cartelización).

Se trata del artículo 16 de la LDC, el cual dispone: "Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado Nacional o a través de un organismo de control o regulador, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo".

Asimismo, el artículo 24, en su inciso f), habilita a la CNDC a emitir cualquier opinión, con carácter de no vinculante, sobre disposiciones gubernamentales que emita cualquier agencia de gobierno que afecten la competencia y la libre concurrencia. El inciso g), a su vez, permite a la CNDC emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a modalidades de competencia en los mercados; y el k) la habilita para promover acciones ante la Justicia.

El otro artículo de la LDC vinculado a la distribución de competencias es el 59, según el cual "*Queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales*". El caso paradigmático en donde se observó el modo inicial en que se entendieron estas disposiciones fue el de ENDESA, referido a un conflicto de competencias entre la CNDC y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad ("ENRE") por la adquisición por parte de ENDESA de una participación accionaria en EDESUR[27].

[27] Ver Iván Fernando BUDASSI, "Servicios públicos y defensa de la competencia", Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo del 30 de marzo de 2001, pág. 10. Según describe la Resolución ENRE 480/00, el grupo español ENDESA adquirió acciones de ENERSIS S.A., controlante a su vez de EDESUR, que es una de las tres empresas en las que se dividió horizontalmente el servicio de distribución de electricidad que prestaba la estatal SEGBA, junto con EDENOR y EDELAP. En la Ciudad de Buenos Aires, las únicas dos distribuidoras son EDENOR y EDESUR.
Lo interesante del caso es que el grupo ENDESA contaba ya con una participación en el control de EDENOR (es decir, la otra distribuidora de la Ciudad), junto con EDEF y ASTRA, desde la privatización en 1992. Significaba ello que, de concretarse la operación, ENDESA pasaría a participar, al menos en forma indirecta, en las dos distribuidoras metropolitanas.
El ENRE inició de oficio un expediente requiriendo información a ENDESA y a ENERSIS sobre sus respectivas participaciones accionarias, a efectos de investigar si existía alguna restricción a la competencia, en violación a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 24.065, según el cual"Solo mediante la expresa autorización del ente, dos o más transportistas o dos o más distribuidores podrán consolidarse en un mismo grupo empresario o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente. El pedido de autorización deberá ser formulado al ente, indicando las partes involucradas, una descripción del acuerdo cuya aprobación se solicita, el motivo del mismo y toda otra información que para resolver pueda requerir el ente. El ente dispondrá la realización de audiencias para conocer la opinión de todos los interesados y otras investigaciones que considere necesarias y otorgará la autorización siempre que no se vulneren las disposiciones de la presente ley ni se

Sin pretender desarrollar aquí los distintos criterio de distribución de facultades entre entes sectoriales y autoridad de la competencia que podrían proponerse a partir de este caso, sí creo oportuno afirmar que es posible procurar una distinción entre lo que es competencia y lo que es regulación, y de este modo orientar la actuación de cada una de las autoridades a su ámbito propio, con una necesaria coordinación entre las mismas[28].

III.b.2) Coordinación del fomento y la competencia

Nuestro país posee una larga tradición en materia de fomento, entendido éste como la práctica del poder administrador destinada a promover determinadas actividades a través del otorgamiento de subsidios, ventajas impositivas, etc.

En el ámbito jurídico, esta ha sido una materia reservada siempre a los administrativistas, y que hasta ahora no fue pensada de manera integrada con las políticas de competencia. La LDC no escapó a esta manera de aproximarse al problema, y omitió regular las implicancias que la política de fomento puede tener sobre la de competencia, con excepción del artículo 24, inciso f) ya citado anteriormente, el cual habilita genéricamente al TDC a emitir cualquier opinión, con carácter no vinculante, sobre disposiciones gubernamentales que emita cualquier agencia de gobierno que afecten la competencia y la libre concurrencia. Esta disposición no parece suficiente para cubrir la problemática en cuestión, toda vez que no se refiere específicamente al fomento y no torna la intervención del TDC obligatoria.

Ello no es un problema menor, pues una medida de fomento que no balancee adecuadamente la relación de la o las empresas beneficiadas con el resto de sus

---

resientan el servicio ni el interés público". Ahora bien, sancionada la LDC en medio del procedimiento, el ENRE se declaró incompetente para entender en el asunto, estimando que la materia era de aquellas atribuidas a la CNDC.
La CNDC, a su vez, también se consideró incompetente, aunque no por una razón de fondo, sino porque la operación se había realizado con anterioridad a la sanción de la LDC.
El rechazo de la competencia por parte de ambas autoridades motivó la intervención del Ministerio de Economía, el cual, mediante la Resolución 266/00, decidió que el asunto debía ser decidido por la CNDC, en virtud de que la "ley 25.156 (EDLA, 1992-362) derogó todas las atribuciones de competencia relacionadas con la defensa de la competencia que otras leyes hubiesen otorgado a otros organismos o entes estatales designados en dicha ley". En el caso concreto, no obstante, se optó por que la competencia quedara en manos del ente regulador por haberse llevado a cabo la operación con anterioridad a la sanción de la LDC, aunque de cualquier modo solicitó dictamen de la CNDC.
A ello siguió un dictamen de la CNDC y la Resolución 480/00 del ENRE mediante la cual se ordenó a ENDESA desprenderse de la totalidad de las acciones de alguna de las dos distribuidoras que poseyera directa o indirectamente. Ese desprendimiento por parte de ENDESA provocó, a su vez, un nuevo dictamen de la CNDC (Dictamen Concent. N° 269/01), ya que la operación debió atravesar el procedimiento, plenamente vigente en ese entonces, de aprobación previa de la toma de control.

[28] Cfr. ORLANSKI, op cit., cap. 2.

competidores, puede atentar frontalmente contra actores del mercado no incluidos en el beneficio del fomento pero sí en las restricciones y prohibiciones de la LDC[29].

Así, una medida de fomento aparentemente beneficiosa puede fácilmente constituir una política estatal paralela a la de defensa de la competencia e incompatible con la misma[30]. Es por este motivo que debieran crearse mecanismos obligatorios que permitan ponderar los efectos de toda medida de fomento en los mercados librados a la competencia y que garanticen la igualdad de los actores que participan en dichos mercados.

III.b.3) Intervenciones directas del Estado en la economía en paralelo de la LDC o en contraposición o sustitución de la misma

En la Argentina, como se ha visto, la aplicación de la LDC proviene de un mandato expreso del constituyente. Deben por tanto evaluarse con mucho cuidado los intentos de autoridades públicas, aún bien intencionados, de evadir su aplicación.

Se trata ésta de una materia especialmente sensible, ya que es de público conocimiento la intervención que el Estado ha tenido en los últimos años en la economía por caminos

[29] Sin pretender entrar en detalles, piénsese en el reciente aumento del gravamen de importación de ciertos productos electrónicos para favorecer la industria manufacturera local. Más allá de las distintas opiniones que puedan verterse, no existió un estudio de mercado y ponderación de las consecuencias concurrenciales de la medida, lo cual pareciera de toda utilidad.

[30] La Ley española 15/2007 decidió tratar expresamente el asunto y avanzar un paso en la coordinación de estas distintas formas de intervención estatal en la economía, requiriendo la intervención consultiva de la autoridad de competencia, con una periodicidad obligatoria de al menos una vez al año. Específicamente, el artículo 11 dispone:
"1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de:
a) Emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales.
b) Dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.
2. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público en los términos previstos en el artículo 27.3.b) de la presente Ley.
3. A los efectos de la realización de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea deberá comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia:
a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.
b) las ayudas públicas concedidas al amparo de Reglamentos comunitarios de exención, así como los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea (…)
4. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas y, en concreto, las disposiciones por las que se establezca cualquier ayuda pública distinta de las contempladas en los apartados a) y b) del punto anterior…"

distintos a la defensa de la competencia, sin excluirla expresamente[31]. Actuar de ese modo desprestigia la LDC, le hace perder aplicabilidad en los hechos, crea confusiones, riesgos y falta de seguridad jurídica que acaba reflejándose en el precio real de los bienes y servicios.

Nótese que el Estado generó acuerdos de precios en numerosos sectores, cuotas de producción y venta al mercado interno y externo, obligaciones de abastecer o de comprar a determinados suministradores, etc. En efecto, sobre todo en lo que hace a la política de lucha contra los incrementos de precios y al aseguramiento del abastecimiento del mercado interno, existieron sistemáticas prácticas paralelas a la competencia sin sustento legal y, en general, sin siquiera sustento escrito alguno.

La CNDC reconoció expresamente que estas prácticas constituían una limitación de la libertad de empresa que impedía la aplicación de la LDC[32]. Es que, retomando lo dicho al comienzo, donde no existe libertad no puede haber competencia ni se la puede defender. No obstante, en las limitaciones a la libertad de industria mencionadas en el párrafo anterior no se clarificó que no sería de aplicación la LDC, lo cual ciertamente es perjudicial porque debió recurrirse a una no aplicabilidad "tácita".

Esta situación debe evitarse a toda costa, sea que se consideren esas otras intervenciones legítimas o no. Por esos motivos entiendo sería conveniente, en una eventual reforma de la LDC, regular expresamente supuestos de excepción en los cuales el régimen de defensa de la competencia no sea de aplicación, cuidando de prever de manera exhaustiva los requisitos necesarios para ello[33]. Ello resolvería, entre otras cuestiones, el problema de la certeza de la aplicación o no de la LDC.

---

[31] No se hace referencia en este acápite a las exclusiones expresas del régimen de defensa de la competencia en sectores regulados.

[32] Puede observarse esta tensión en los Dictámenes CNDC Nº 538/06, 552/06 y 556/07, entre otros.

[33] En este sentido puede nuevamente verse como ejemplo la Ley española 15/2007, que prevé diversas excepciones a su aplicación. Tales supuestos serían, en síntesis, los siguientes:

(i) Cuando las prácticas contribuyan a mejorar la producción o comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico y económico, bajo determinadas circunstancias que se especifican y sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto;

(ii) Cuando las prácticas cumplan con las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos al apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, el cual dispone:

"No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

(iii) Por declarar el Gobierno que una determinada conducta encuadra dentro de las previsiones mencionadas en el apartado (i);

(iv) Por resultar las conductas de la aplicación de una ley;

(v) Por ser conductas de menor importancia;

(vi) Por declararlo la Comisión Nacional de la Competencia por razones de interés público.

. No debe perderse de vista, además, que el Poder Ejecutivo, al igual que sus secretarios y ministros, es *incompetente* para exceptuar la aplicación de la LDC, con lo cual se evitaría que en su actuación continúe incurriendo en este vicio.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior respecto de la incompetencia del Poder Ejecutivo para exceptuar la aplicación de la LDC y otros vicios que puedan afectar las medidas de intervención económicas que se han venido utilizando, no necesariamente debe seguirse que los actos de los particulares sean sancionables como si no hubiera existido orden alguna de un poder público. No debe olvidarse que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad. Además, en principio la intervención del Estado en la generalidad de los casos no ha causado beneficios a los particulares que fueron objeto de la misma sino más bien pérdidas, con lo cual no existiría en tal caso fundamento para la aplicación de sanción alguna. Pero sobre todo, debe insistirse que en la medida en que no haya existido libertad de acción, la aplicación de la LDC debe excluirse de plano.

III.b.4) La actuación del Estado como agente del mercado y autoridad de competencia al mismo tiempo

En los últimos tiempos es nuevamente creciente la actuación del Estado como un agente más en la economía. Ello, sin que sea objetable en sí mismo, plantea diversas cuestiones que tienen implicancias directas en la aplicación del régimen de la LDC y que debieran contemplarse expresamente[34].

Ahora bien, la preocupación que tal participación puede causar aumenta exponencialmente cuando se adiciona alguno o varios de los siguientes factores: (a) el Estado participa en el mercado aún cuando el marco regulatorio le prohibía hacerlo[35]; (b) el Estado se exceptúa de las restricciones regulatorias vigentes y obligatorias para el resto del mercado, cuyo fin es precisamente promover y/o emular la competencia; y (c) el Estado pretende participar en el mercado como agente y autoridad de competencia al mismo tiempo.

[34] Entre dichas cuestiones vinculadas a la competencia cabe considerar, por ejemplo, que una empresa estatal probablemente funde sus decisiones en razones políticas y no comerciales, con lo cual tales decisiones no son un parámetro claro para obtener datos objetivos del mercado. Asimismo, y como aspecto distintivo respecto de una empresa privada, esta puede también contar con información no accesible a grupos privados, mantener relaciones más cercanas con entes reguladores, etc.

[35] Ello puede observarse, por ejemplo, en los marcos regulatorios de electricidad (art. 3 de la Ley 24.065) y gas (art. 4 de la Ley 24.076).

Existen supuestos reales de todos los casos mencionados en el párrafo anterior[36]. El que amerita una mayor preocupación desde el punto de vista del derecho público, sin embargo, es el mencionado en el punto (c), en la medida en que podría combinar al mismo tiempo dos tipos de actuación estatal incompatibles entre sí.

En efecto, hay distintas alternativas de intervención del Estado en una determinada industria. A grandes rasgos, en un modelo intervencionista el Estado lleva a cabo por sí mismo la actividad económica –prescindiendo por tanto de la regulación y de la competencia- y en un modelo de regulación para la competencia controla y regula el desarrollo de tal actividad por parte de los privados. En ambos casos la actuación del Estado es consistente con el modelo, pues en el primero, si es el único prestador del servicio o productor del bien, no necesita regulación ni competencia y en el segundo, respetando el principio de subsidiariedad, mantiene su rol de "árbitro" para que la actuación de los privados, sujeta a la regulación o a la competencia, incremente el bienestar general.

Ahora bien, si ambos roles se entrecruzan en un mismo mercado, en donde una misma empresa que opera activamente en el mercado tiene alguna función "regulatoria" y de autoridad de competencia, no parecen hacer falta demasiados esfuerzos para percibir que el esquema de regulación se ve totalmente descalabrado, generando numerosos incentivos perjudiciales para esa industria.

Asumo que la pretensión en un supuesto así es que cuando el Estado regulador perciba alguna falla del mercado, pueda resolverla actuando por sí mismo sin verse afectado por esa falla (por ejemplo, vendiendo a precios "de mercado" en un mercado que ha identificado como monopólico). Ello sin embargo parece difícil por la misma razón que no se puede ser juez y parte en un proceso. Sin dejar de desconocer los logros que han podido alcanzar las intervenciones estatales en este sentido, desde un punto de vista teórico resulta difícil esperar objetividad y trato justo a los competidores con una regulación de este tipo.

III.b.5) Defensa de la competencia y ley de abastecimiento

Cabe por último analizar de qué manera puede compatibilizarse, si fuera ello posible, la Ley de abastecimiento N° 20.680 con el régimen de defensa de la competencia.

[36] Cfr. ORLANSKI, op cit., Cap. 4.

La ley de abastecimiento consiste, básicamente, en una declaración de que toda actividad privada puede potencialmente transformarse en servicio público con la sola decisión del Poder Ejecutivo. En efecto, dijimos anteriormente que el elemento esencial que distingue a las actividades bajo el régimen de competencia de aquellas bajo el régimen de los servicios públicos es la libertad o la obligatoriedad con la que operaban sus agentes, respectivamente. Pues bien, la ley de abastecimiento permite, de diversas maneras, transformar las actividades libres en obligatorias, mudando necesariamente, aunque no se lo diga expresamente, el régimen jurídico aplicable a las actividades que caen bajo su aplicación.

No es la intención analizar en este punto la legitimidad o no del régimen ni entrar en la discusión de la historia sobre su suspensión y vigencia. Baste decir que fue sancionado en 1974, en un contexto de fuerte intervención del Estado en la dirección de la economía. Si bien como se ha explicado al comienzo, la Constitución Argentina en su versión original ya contenía una fuerte impronta de libertad, la reforma de 1994 que ordenó al Estado la protección de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados supone un claro indicio de que una ley como la 20.680 de abastecimiento no puede subsistir en el contexto normativo actual.

Ahora bien, frente al dato de que el régimen existe y se aplica, resultan necesarias ciertas reflexiones desde la mirada del derecho público vinculadas con lo explicado en materia de defensa de la competencia.

En concreto, se verifica una clara incompatibilidad entre el régimen de competencia y el de abastecimiento que se manifiesta en diversas razones que se enunciarán a continuación:

(i) Incompatibilidad con la proclamación constitucional de libertad

Según lo expuesto anteriormente, la Constitución Nacional impone de diversas maneras la protección de la libertad. Hay numerosas disposiciones de la ley 20.680 que contravienen este derecho fundamental no solo en lo que hace a la libertad de industria sino también a la libertad ambulatoria (baste mencionar nada menos que la facultad del Poder Ejecutivo de disponer arrestos)[37]. Sin embargo, a los efectos de este trabajo nos limitaremos a lo dicho anteriormente, respecto a la necesidad de que exista libertad para que funcione la defensa de la competencia que exige y tutela la Constitución.

[37] Cfr. artículo 12, inc. h) de la Ley 20.680.

El respeto o no por la libertad se plasma con en el modo de operar de cada uno de los regímenes, el cual es diametralmente opuesto. Por una parte, la LDC castiga con una sanción las conductas que afecten la competencia, y por la otra la ley de abastecimiento permite ir más allá e imponer la realización de la conducta deseada por el funcionario. Como se verá más abajo, la LDC habilita al Estado, por ejemplo, a sancionar una negativa de venta, mientras que la ley de abastecimiento permite obligar a las personas a vender.

(ii) Nuevamente los aspectos institucionales

La debilidad institucional del régimen de defensa de la competencia se observa otra vez en su interacción con el de abastecimiento.

La ley 20.680 prevé el ejercicio de las facultades que crea por parte del "*Poder Ejecutivo, por sí o a través del o de los funcionarios y/u organismos que determine*"[38]. En la práctica reciente, el funcionario a cargo de la aplicación de esta ley ha sido el Secretario de Comercio Interior[39]. Ello ha merecido fundadas objeciones, puesto que la delegación de facultades por parte del Congreso solo puede recaer en el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, sin que sea admisible la subdelegación[40].

No obstante lo expresado en el párrafo anterior, aún cuando se dejaran de lado las objeciones constitucionales relativas a la delegación legislativa, no puede dejar de advertirse que existe hoy en Argentina un verdadero escándalo, por el cual un único funcionario aplica discrecionalmente dos regímenes totalmente incompatibles entre sí: el de defensa de la competencia y el de abastecimiento.

De este modo, como se ha explicado anteriormente, mientras que la LDC castiga con una sanción las conductas que afecten la competencia, la ley de abastecimiento permite ir más allá e imponer la realización de la conducta deseada por el funcionario. Así, el mismo Secretario de Estado podría castigar la negativa de venta de un bien o servicio en condiciones de mercado bajo el régimen de competencia[41] o disponer, como ha hecho, la

[38] Cfr. art. 2.
[39] Ver, por ejemplo, Resolución SCI 295/2010 relativa al mercado de combustibles.
[40] Cfr. Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N. 1 , "Papel Prensa S.A. c/ EN –MS Economía – SCI – Resol 1/10 s/ Medida Cautelar Autónoma", 25 de enero de 2010. También cabe mencionar el fallo "Shell" de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, 7 de octubre de 2010.
[41] Cfr. Ley 25.156, artículo 2.I).

obligatoriedad de su suministro hasta satisfacer toda la demanda existente bajo el régimen de abastecimiento, al precio que el funcionario determine[42].

Como es evidente, la aplicación de uno u otro régimen no puede quedar al antojo de su autoridad de aplicación y menos aún si es una única autoridad que concentra todas las facultades derivadas de la aplicación de ambos regímenes.

La solución bajo el derecho argentino aplicable es, a mi modo de ver, simple. Para comenzar, debe constituirse el TDC, cuyas facultades se circunscribirán a la defensa de la competencia, tal como prevé la LDC. Al mismo tiempo, en caso de que por alguna circunstancia especial –típicamente, una falla de mercado[43]- alguna actividad deba sustraerse del régimen general de competencia, será el Poder Legislativo, en ejercicio del poder de policía que le pertenece, quien lo decidirá, toda vez que el Poder Ejecutivo y sus funcionarios dependientes carecen de competencia para ello. Sin dudas, no hay cabida en nuestro ordenamiento jurídico para que un funcionario político extraiga discrecionalmente una actividad económica del régimen general de la libertad y la transforme de hecho en un servicio público.

III.c) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O PROCEDIMIENTO PENAL

De acuerdo a lo previsto en la LDC, el procedimiento se rige subsidiariamente por el Código Procesal Penal de la Nación, sin que sea de aplicación la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549[44].

Este esquema que reemplaza el procedimiento administrativo por el procedimiento penal pareciera estar pensado como una protección reforzada hacia los particulares que atiende a la potencialidad sancionatoria de la LDC, no obstante lo cual en los hechos no siempre ha prevalecido este criterio protectivo.

Para comenzar, de más está decir que se este procedimiento se encuentra diseñado y pensado para el funcionamiento de un tribunal administrativo y no para el ejercicio de estas facultades por una comisión administrativa y un Secretario de Estado, para los cuales difícilmente su actuación encaje en el marco de los institutos del proceso punitivo.

[42] Cfr. Resolución SCI 295/2010, artículo primero del Anexo.
[43] Las fallas de mercado son, básicamente, las indivisibilidades (rendimientos decrecientes), los efectos externos o externalidades y la asimetría informativa entre los agentes (Cfr. Francisco GONZÁLEZ BLANCH, "Fundamentos del Análisis Económico de la regulación", Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, S.L. Ediciones, Madrid, 1997, pág. 24).
[44] Cfr. artículos 56 y 57.

En segundo término, la aplicación literal del Código Procesal Penal de la Nación en algunos casos le da al procedimiento una severidad mucho mayor contra el derecho de defensa del particular que la que hubiera tenido bajo el procedimiento administrativo, lo cual desde ya se contrapone a lo buscado por el legislador. El Código Procesal Penal de la Nación tiene una finalidad tuitiva del debido proceso garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y su aplicación está pensada para reforzar las garantías de un procedimiento administrativo que prevé la imposición de graves sanciones y no para que opere de manera inversa. Por poner un ejemplo de cómo ello no siempre ha funcionado así, la CNDC rechazó numerosos planteos de nulidad con fundamento en la versión anterior del Código Procesal Penal de la Nación que preveía que las nulidades debían interponerse dentro de los tres días. De este modo, se otorgaba un plazo de quince días para efectuar el descargo bajo la LDC, pero si la nulidad no se planteaba dentro de los tres días era rechazada por extemporánea. Ello nunca hubiera ocurrido de aplicarse el procedimiento administrativo, bajo el cual, como es sabido, se busca la verdad material y prima el informalismo, por el cual los recursos pueden incluso ampliarse antes de que sean resueltos; o de haberse aplicado el Código Procesal Penal de la Nación con el criterio tuitivo del derecho de defensa al que se hacía referencia anteriormente.

La aplicación estricta del Código Procesal Penal de la Nación con exclusión expresa del procedimiento administrativo y el veto del Decreto 1019/99 a la aplicación del Código Procesal Civil[45], llevaron el procedimiento de defensa de la competencia a puntos insostenibles.

Un ejemplo paradigmático es el firme rechazo de la CNDC a la figura de la gestión de negocios, bajo el argumento de que no se encuentra prevista en el Código Procesal Penal de la Nación. Es evidente que en el proceso penal el imputado no va a presentarse ante el juez mediante un gestor de negocios, porque ni siquiera puede hacerlo por apoderado. Pero ello no tiene nada que ver con lo que ocurre en el procedimiento ante la CNDC. Es más, si bien el procedimiento de sanción de conductas anticompetitivas tiene un claro contenido punitivo, no ocurre lo mismo en el capítulo de la LDC referido a la aprobación de concentraciones económicas. En este último caso, no se busca sancionar a nadie, sino que simplemente los particulares se presentan voluntariamente a solicitar la aprobación de una concentración que pretenden llevar a cabo. Poco sentido parece tener entonces la negativa

[45] Cfr. Decreto 1019/99, Considerando 11. El propósito del veto fue simplemente preservar el carácter "público" del procedimiento, en el sentido de que no sea disponible para las partes, lo cual en modo alguno debiera precluir la aplicación supletoria del régimen civil y comercial, como en los hechos ocurre.

de la CNDC a aceptar institutos previstos tanto en el procedimiento administrativo como en el procedimiento civil y menos aún imponer graves sanciones a los particulares que hacen uso de dichos institutos[46].

No se propicia entonces que se reemplace el procedimiento penal por el administrativo, pero sí que se guarde consistencia con el real contenido y finalidad del procedimiento y no se reduzca la protección al particular que es necesaria contrapartida de las facultades exorbitantes que todo órgano administrativo detenta. Específicamente, si se constituyera el TDC, con las debidas adaptaciones podría bien utilizarse el Código Procesal Penal en relación a conductas anticompetitivas y en cuanto sea compatible con las particularidades del procedimiento de competencia, mientras que habría que estudiar detenidamente cuál sería el mejor procedimiento a adoptar para una correcta y eficiente evaluación de las concentraciones económicas.

IV) CONCLUSIÓN

Tal como se ha expuesto, pese a ser la defensa de la competencia un instituto del derecho público en tanto constituye una intervención estatal en la economía, no ha sido en general estudiado desde la óptica iuspublicista.

Es por ello que resulta importante un acercamiento de este tipo, pues como cualquier actividad estatal, no puede escapar totalmente a la aplicación de los principios que rigen el accionar administrativo. Solo de esta manera podrá ser eficiente y eficaz la intervención del Estado y al mismo tiempo respetarse los derechos de los particulares.

Bajo este entendimiento, se han recorrido los aspectos institucionales vinculados a la práctica de competencia, su relación con otras formas estatales de intervención en la economía y el procedimiento que la rige. En todos los aspectos mencionados se han alertado deficiencias significativas que generan una enorme inseguridad jurídica pero que, en general, tendrían clara solución con una aplicación consistente del derecho público.

[46] Ver, por ejemplo, Resolución SCDDC 45/2003 y Dictamen Concentración CNDC 341/2003.