



Comisión de Defensa de la Competencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

Sugerencias prácticas para la implementación de la normativa de defensa de la competencia

El presente documento tiene por objetivo la enumeración de algunas recomendaciones prácticas para la correcta implementación y el efectivo funcionamiento de la normativa de defensa de la competencia (esto es, la Ley N° 27.442 (la “**LDC**”) y normas relacionadas).

(i) Inmediata constitución de la Autoridad Nacional de la Competencia (la “ANC”). Funcionamiento.

Resumen: Desde 1999 que la LDC (y su antecesora, la Ley N° 25.156) establece la necesidad de crear un organismo descentralizado y autárquico, con mínimas garantías de independencia; mientras que la CNDC (actual organismo a cargo) depende directamente de la SECOM y ésta del Ministerio de Economía.

La autoridad de aplicación creada por la LDC es la ANC (y dentro de ésta funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas). Sin embargo, la ANC todavía no fue legalmente constituida a pesar de que la LDC se encuentra en vigor desde mayo de 2018. Similar situación ocurrió luego del dictado de la Ley N° 25.156, que dispuso la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, que tampoco se constituyó y finalmente dicha ley se reformó para eliminar toda referencia a dicho Tribunal. En lugar de la ANC, continúa en funciones la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “**CNDC**”), como organismo técnico a cargo de llevar adelante los procedimientos bajo la LDC, la cual emite un dictamen no vinculante y lo eleva a la Secretaría de Comercio (la “**SECOM**”), quien en definitiva es quien emite las resoluciones en todos los temas vinculados con la LDC.

Ello es decididamente perjudicial para el régimen de defensa de la competencia. La ANC es una autoridad de aplicación que cuenta con garantías de independencia y es más moderna que la CNDC (que fue creada por la Ley N° 22.262 en 1980). Además, la ANC fue concebida como un organismo descentralizado y autárquico, mientras que la CNDC depende directamente de la SECOM y ésta -a su vez- del Ministerio de Economía, por lo cual, en definitiva, se trata de un organismo sujeto al control político.

Contar con una autoridad de defensa de la competencia independiente beneficiaría la transparencia y agilidad de los procesos de control de concentraciones y de investigación de prácticas anticompetitivas. Recomendamos **(a)** su inmediata constitución y puesta en marcha conforme se indica en el punto (ii) a continuación; y **(b)** la formalización y publicación de procedimientos internos que regulen el funcionamiento de la nueva ANC, como por ejemplo un protocolo de implementación de remedios, mecanismos de comunicación directa de los administrados con la ANC, criterios unificados en la interpretación de las normas y antecedentes aplicables.

Sumado a ello, la LDC prevé en su art. 33 la implementación de un arancel de notificación de concentraciones, que debería imponerse una vez que la ANC esté en funciones.

(ii) **Procedimiento simplificado para la designación de autoridades de la Autoridad Nacional de la Competencia.**

Resumen: Previo al concurso de antecedentes que prevé la LDC, el PEN puede designar a los miembros por medio de un decreto.

El proceso para la designación de los integrantes de la ANC establecido en la LDC (artículos 19 y ss. de la LDC) se encuentra aún pendiente y, por diversos motivos, ha probado ser de muy difícil implementación práctica. Ello queda en evidencia considerando que no han podido designarse autoridades desde la entrada en vigor de la LDC en 2018, y que ello tampoco fue posible durante la vigencia de la Ley N° 25.156.

Con el fin de subsanar esta situación, y si bien la situación ideal (que garantizaría un mayor nivel de independencia de la nueva autoridad) sería que se ponga en marcha en forma inmediata el procedimiento previsto en la LDC, una alternativa menos óptima pero aceptable consistiría que, previo concurso público de antecedentes y oposición, el Poder Ejecutivo nacional pueda designar a los miembros de la ANC por medio de un decreto, lo cual agilizaría el proceso de constitución de la autoridad.

(iii) **Implementación del sistema de notificación “pre-cierre” suspensivo.**

Resumen: El actual funcionamiento “post-cierre” (y no suspensivo) del régimen de control de concentraciones debe ser reemplazado por el que exige la aprobación en forma previa, con un plazo razonable para la puesta en vigencia (la LDC establece 1 año desde la designación de la ANC).

Si bien la LDC establece en su artículo 9 que el control de concentraciones de la CNDC debe ser ejercido de forma previa (y suspensiva) al perfeccionamiento de las transacciones sujetas a este régimen, actualmente, en virtud de disposiciones transitorias el control de concentraciones se lleva a cabo *ex post* y las transacciones pueden notificarse ante la CNDC dentro del plazo de una (1) semana luego de su fecha de cierre (efectivo cambio de control).

El actual funcionamiento “post-cierre” (y no suspensivo) del régimen de control de concentraciones se encuentra en disonancia con el funcionamiento de los regímenes de control de concentraciones vigentes en la mayoría de los países del mundo (por ejemplo,

el sistema de notificación es “pre-cierre” en jurisdicciones como Estados Unidos, Brasil y la Unión Europea). Ello altera significativamente la congruencia entre la aprobación de defensa de la competencia en Argentina y el resto de los países del mundo, lo cual es especialmente relevante en casos de transacciones multi-jurisdiccionales en las que todas las aprobaciones de defensa de la competencia requeridas se organizan en base a un calendario en el que la mayoría de las jurisdicciones suelen presentar tiempos de resolución similares. Además, las demoras en el análisis y la resolución de los casos por parte de la CNDC y la SECOM (el proceso puede durar 18 meses o más, incluso en los casos más sencillos) relegan a la Argentina frente a otras jurisdicciones en lo relativo a control de concentraciones.

El régimen de control de concentraciones argentino necesita asimilarse al del resto de las jurisdicciones desarrolladas, donde contar con la aprobación de la autoridad de defensa de la competencia es condición necesaria para llevar a cabo el cierre de una transacción sujeta al deber de notificar, con lo cual se logra un efectivo control de los efectos de las concentraciones en la competencia. En Argentina, por el contrario, las transacciones sujetas a este régimen se notifican a la CNDC luego de su cierre, lo cual marca el inicio de un extenso período de análisis y requerimientos de información adicional de parte de la autoridad.

La vigencia de este régimen “post-cierre” no suspensivo en Argentina relega a nuestra jurisdicción frente a otras, desnaturaliza el sistema de control de concentraciones y frustra sus efectos y el objetivo principal del régimen de control de concentraciones. El hecho de que la notificación ante el organismo de defensa de la competencia no impida a las partes avanzar con el cierre de una transacción implica que el análisis llevado a cabo por la autoridad de defensa de la competencia argentina ocurre con el hecho analizado ya consumado, con un análisis y valoración de los posibles efectos de una transacción en el mercado cuando dicha transacción ya se encuentra implementada y en funcionamiento, alterando las estructuras del mercado.

El actual sistema “post-cierre” no suspensivo también interfiere directamente con el mecanismo de remedios previsto en el artículo 14 inciso b) de la LDC en tanto dificulta significativamente la aplicación de remedios estructurales (desinversiones). Esto ya que, al momento de encontrarse frente a la posibilidad de aplicar remedios estructurales (usualmente como culminación de un proceso de control de concentraciones complejo, con una duración estimada de 2 años), la autoridad de defensa de la competencia argentina se encuentra con una transacción que ya lleva un largo tiempo cerrada e implementada, y a la que resulta prácticamente imposible aplicar un remedio estructural por ser impráctico e incluso antieconómico.

Para subsanar esta dificultad, recomendamos designar a la ANC para que la misma pueda implementar rápidamente un sistema de control previo como establece la LDC desde el año 2018. Por supuesto, que el cambio que se propone sólo puede resultar posible en la medida en que la ANC esté conformada por un equipo capacitado para realizar el análisis de las concentraciones en un tiempo mucho menor al actual, por ejemplo de dos o tres meses en las concentraciones sin mayores efectos en la

competencia y de hasta seis meses en las más complicadas, toda vez que de mantenerse los extensos plazos actuales de revisión en un esquema de análisis “pre-cierre” se estaría en una situación más gravosa que la actual, afectando dicha demora la concreción misma de la operación de concentración.



Alberto F. GARAY
Presidente