

*ISMAEL MALIS

*DIEGO POVOLO

*JORGE PEREDA

LA LUCHA ANTI-CARTEL EN LA ARGENTINA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye una breve reseña sobre la actividad anti-cartel del Estado en la República Argentina. El mismo tiene como propósito hacer un aporte a la discusión de la Sesión I: Luchando contra los Carteles Intrínsecamente Nocivos del Third Annual Meeting of the Latin American Competition Forum.

Previo al desarrollo del tema es importante señalar que nuestro país cuenta con una legislación antitrust desde la sanción de la Ley 11210 en el año 1923, norma que fue actualizándose hasta el año 1999 con la promulgación de la Ley 25.156. La Ley actualmente vigente puede ser consultada en la página web: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley25156.htm>.

El organismo de aplicación de la Ley 25.156 es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). La CNDC es un Organismo dependiente del Ministerio de Economía de la Nación que entiende en los casos de prácticas anticompetitivas y, desde la sanción de la nueva ley, realiza el control previo de fusiones y concentraciones. Una reseña de la actividad de la CNDC puede encontrarse en la página web: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>

El presente trabajo está estructurado en cinco títulos. En el Título I, se hace un resumen de la actividad anti-cartel desplegada por la CNDC en los últimos años. En el Título II se examina brevemente el estándar legal para la sanción de carteles, en el Título III se realiza un breve comentario respecto de la aplicación de la ley a los actos de gobierno, en particular en todo lo relacionado a mercados regulados, en el Título IV se comenta el esquema de sanciones de la ley Argentina y finalmente en el Título V se formula una breve alusión a las herramientas de investigación disponibles.

I. LA ACTIVIDAD DE LA CNDC EN RELACIÓN A LA LUCHA CONTRA LOS CARTELES

En los últimos cinco años la CNDC resolvió doce casos de colusión. En cuatro de ellos se sancionó a las empresas denunciadas, en el resto se desestimó la denuncia o se aceptaron las explicaciones brindadas por las partes. La mayor parte de estos casos se verificó en los mercados de gas, aunque también hubo casos en los mercados de salud, medios de comunicación, transporte aéreo, y sistema financiero.

El número de casos de colusión investigados por la CNDC está en franco crecimiento, actualmente se encuentran en trámite más de 30 casos que involucran a una docena de mercados.

De estos casos, vale la pena mencionar a dos carteles intrínsecamente nocivos bajo análisis en los mercados del cemento y del oxígeno para uso medicinal. Ambos casos involucran a mercados de gran relevancia económica y muestran como la mejora significativa en los procedimientos de investigación utilizados por la CNDC ha traído aparejada la obtención de evidencia clave para la resolución de los mismos.

En el caso del cemento se investiga un sistema de asignación de cuotas de mercado organizado por la cámara que nuclea a las empresas productoras.

El caso de oxígeno involucra a cuatro actores que controlan más del 95% del mercado local. Estas empresas fueron imputadas por mantener un acuerdo informal mediante el cual se habrían repartido clientes y se habrían fijado precios en licitaciones públicas y privadas. Aquí la investigación se inició con un gran operativo por el cual fueron allanadas las oficinas de todas las empresas involucradas, secuestrándose gran cantidad de e-mails, memorandos y documentos que permitirían probar la existencia de mecanismos de monitoreo del acuerdo, renuncia a licitar, oferta complementaria y compensación.

Ambas investigaciones han superado ya la etapa de prueba y se encuentran en la etapa de elaboración del dictamen.

II. ESTANDARES PARA PROBAR LA EXISTENCIA Y LEGALIDAD DE LOS CÁRTELES

El Artículo 2° de la Ley tipifica las formas más usuales de colusión: concertación de precios, fijación de cuotas de mercado o volúmenes de producción, repartos de mercado, concertación de posturas en licitaciones, y limitación a la investigación y desarrollo. Sin embargo el mismo artículo establece que dichos actos serán ilegales en la medida en que se configuren los supuestos del Artículo 1° de la Ley.

El Artículo 1° prohíbe los actos que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado ... de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

En otras palabras, la legislación argentina no considera a las prácticas colusivas, ni a ninguna otra, como ilegales *per se*. La regla general en nuestro país es la aplicación de la regla de la razón.

La jurisprudencia, en cambio, ha tendido a considerar ilegales a las prácticas de colusión explícita que hayan sido suficientemente probadas. El fundamento ha sido que en la medida que el acuerdo tiene por objeto o efecto incrementar los precios o limitar las cantidades ofrecidas, el daño al interés económico general puede ser claramente inferido.

En los casos de colusión encubierta, el estándar de prueba requerida y la evaluación de los efectos sobre el interés económico general han sido más exigentes. Por ello la jurisprudencia es menos homogénea.

Casos de Colusión Explícita

El primer caso de colusión explícita sancionado fue “Silos Areneros de Buenos Aires c/Arenera Argentina y Otros” (1986). En este caso las empresas areneras de la ciudad de Buenos Aires, con el apoyo de las entidades sindicales que nucleaban a los conductores navales, establecieron cupos de producción para cada empresa. Los mismos eran determinados en el seno de una comisión integrada por las empresas areneras y los sindicatos.

La investigación determinó que el acuerdo entre las empresas denunciadas y los sindicatos había regido entre 1982 y 1985, y que el efecto del mismo fue una disminución del promedio de viajes realizados por los buques areneros y un aumento del precio de la arena.

Ante esta evidencia, la CNDC aplicó multas más elevadas a las empresas areneras, y un poco más bajas a los sindicatos involucrados.

La investigación precedente dio lugar a la apertura de nuevas investigaciones en otros puntos del país. Las más importantes fueron, “CNDC c/Areneras del Litoral y Otros” (1988) y M. Altamirano c/ Arenera de la Cruz y Otros” (1991).

En ambos casos, la investigación llevó a la CNDC a conclusiones similares a las de “Silos Areneros de Buenos Aires”, sancionando a las empresas con multas más elevadas y a los sindicatos que actuaban como vigilantes con multas más bajas.

El segundo caso tuvo la particularidad de que un grupo de empresas fue absuelto por haber reconocido desde un principio su participación en los acuerdos, por presión de los otros participantes, y haber aportado pruebas que permitieron demostrar mejor la práctica.

En el mercado del gas licuado de petróleo (GLP), el principal caso de colusión explícita es “Lara Gas y Otros c/ Agip y Otros (1993). En este caso, empresas fraccionadoras que reunían una participación del 85% del mercado, mantenían un acuerdo organizado y vigilado por la cámara empresaria que nucleaba a dichas empresas.

La evidencia encontrada incluía paralelismo de precios liderado por los cuatro principales actores, reparto de clientes organizado mediante un sistema de clearing de envases, y otras prácticas que llevaban a los fraccionadores denunciados, a negarse a vender GLP a determinados clientes.

Las sanciones aconsejadas por la CNDC fueron luego aplicadas por el Secretario de Comercio y confirmadas por los tribunales de alzada incluyendo a la Corte Suprema de la Nación.

El fallo de la corte en este caso tuvo una gran importancia jurisprudencial, ya que la Corte convalidó la determinación de un perjuicio al interés económico aun cuando en este caso no podían determinarse las cantidades y precios de competencia. La corte se valió del argumento de que los acuerdos horizontales privan a los compradores de los beneficios que potencialmente podrían obtener si los precios y condiciones imperantes en los mercados afectados fueran las de competencia.

Finalmente, el caso CNDC c/ Cablevisión y Otros” (2002), fue un acuerdo entre los tres operadores de cable de la zona metropolitana de Buenos Aires (Cablevisión, Multicanal y VCC) a través del cual se fijaron precios uniformes para la señal codificada de los partidos de fútbol de primera división. Este acuerdo tuvo un componente vertical dado por la participación de los titulares de los derechos de transmisión de los partidos (TRISA y TSC), los cuales también fueron sancionados.

Casos de Colusión Encubiertos – Otro tipo de Evidencia

El caso “Secretaría de Energía c/ YPF, Esso y Shell” (1994) es un precedente importante respecto del paralelismo de precios. En este caso la CNDC consideró que el mero paralelismo de precios no basta para que una práctica sea considerada ilegal.

La autoridad de energía denunció que estas tres petroleras, las más grandes del mercado, trasladaban integralmente los aumentos en el precio del petróleo o los cambios impositivos, pero no a las bajas. La CNDC cerró las actuaciones considerando que el grado de concordancia y simultaneidad en las variaciones en los precios no era suficiente como para probar una práctica concertada.

En el caso “Fecliba c/ Roux Ocefa, Rivero y Fidex” (1998) la CNDC se pronunció en el mismo sentido, teniendo en cuenta la relatividad del paralelismo, pero también la existencia de otros factores como otros competidores y bajas barreras a la entrada.

En cambio, en el caso “Juntas vecinales de Bariloche/ Expendedores, distribuidores y/o vendedores de GLP envasado” (2003), donde la CNDC investigó un acuerdo de precios del gas envasado en la ciudad de Bariloche y sancionó a las empresas involucradas en la conducta, la evidencia utilizada fue básicamente el paralelismo de precios detectado, apoyado por declaraciones de algunos testigos.

En el caso “Aviabue c/ American Airlines y Otros” (2001), la denuncia presentaba la grave inconsistencia de que las empresas presuntamente participantes del acuerdo operaban en distintos

mercados relevantes. Sin embargo la falta de efectos visibles sobre el comportamiento de los mercados afectados también contribuyó a la decisión de la CNDC de archivar el caso.

En el caso “La Casa del Grafito c/ Rich King y Bruno Cape” (1989) en el que se había denunciado un reparto del mercado, la CNDC consideró la ausencia de estabilidad en las participaciones de mercado como un argumento clave para aceptar las explicaciones de los denunciados.

Distinción entre Carteles y Acuerdos Horizontales

Como se ha indicado, la legislación argentina no hace una distinción explícita entre carteles intrínsecamente nocivos y acuerdos horizontales con aspectos pro-competitivos. Todos los acuerdos deben ser examinados bajo la regla de la razón.

Por ello, a partir del análisis del balance entre los aspectos pro y anticompetitivos de los contratos horizontales, la CNDC ha desarrollado una amplia jurisprudencia referida a acuerdos horizontales. Particularmente importante es la referida al sector salud, donde también se han elaborado un conjunto de Pautas para el análisis de los acuerdos firmados por las asociaciones de prestadores. Todo lo cual puede consultarse en nuestra pagiana web: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/salud.htm>.

III. APLICACIÓN DE LA LEY EN MERCADOS REGULADOS

La Ley de Defensa de la Competencia Argentina no es aplicable a los actos del Estado dictados en la esfera del derecho Público. El Artículo 3° de la Ley establece que “*Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas ... que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, ...*”

La CNDC no entiende respecto de los marcos normativos de los servicios públicos o cualquier otra regulación que dicte el Estado sobre el funcionamiento de los mercados. Sin embargo en la mayor parte de los mercados en los que el Estado ha entregado una concesión para la explotación de servicios públicos, actualmente existe una regulación de precios por el sistema de *price cap* o *rate of return*.

Por otra parte, la ley faculta a la CNDC para “... *emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante*”

Asimismo, en lo que se refiere a las potenciales prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por empresas sometidas al control de organismos reguladores, la ley faculta a la CNDC para investigar y sancionar y “... *deroga toda atribución de competencia relacionada con el objeto finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales*”.

Con las facultados mencionadas, la CNDC ha formulado diversas recomendaciones pro-competitivas en los mercado de gas natural, GLP y telefonía celular, adoptadas por los organismos reguladores en algunos casos, y tiene una amplia actuación en materia de prácticas anticompetitivas en la mayoría de los mercados de servicios públicos.

IV. SANCIONES EN LOS CASOS DE CÁRTELES

Las sanciones están legisladas, en general para todas las conductas, en el Capítulo VII de la Ley. Las mismas son aplicables tanto a las empresas como a las personas físicas y consisten en: i) el cese de los actos o conductas, con la remoción de sus efectos; y ii) multa de diez mil pesos (\$ 10.000 equivalentes a US\$ 3.500) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000 equivalentes a US\$ 51.000.000), graduada en base a: la pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida, el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida, o el valor de los activos involucrados. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán.

Asimismo la Autoridad de Aplicación está facultada para solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas;

Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

Finalmente cabe destacar que las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia (Art. 51).

Desde la primera ley antimonopólica – N° 11.210- hasta la sanción de la ley actual –N° 25.156 - se preveía adicionalmente la posibilidad de aplicar penas de prisión para casos de colusión, previa instancia judicial. Esta exigencia determinó que, aun cuando en varios casos de colusión llegaron a aplicarse multas, nunca se aplicó la pena de prisión en todo el período referenciado.

Por otra parte, la multa máxima aplicable según ley anterior era de \$ 529.289, limitaba la aplicación del criterio del perjuicio ilícito causado cuando este no era fácil de estimar. Por ejemplo en el caso “CNDC c/ Cablevisión y Otros” (2002), la CNDC hizo una estimación del perjuicio muy superior a la multa máxima fijada por la ley anterior, pero aplicó la multa máxima de \$ 529.289 a cada una de las empresas que intervinieron en la conducta, con una reducción de un tercio para las empresas titulares de los derechos.

La nueva ley promulgada en el año 1999, eleva significativamente el monto de las multas, lo cual facilita la aplicación de los criterios de la norma, cuando la estimación del perjuicio o del beneficio es dificultosa.

La aplicación de multas se considera más apropiada que las sanciones privativas de la libertad. La eliminación de penas de prisión, promovió la investigación de conductas por parte de organismos administrativos, facilitando la participación tanto del denunciante como del denunciado en el proceso de investigación, lo que se concluye en un mejor análisis de cada situación cuestionada. Frente a la dificultad de obtención de pruebas explícitas que acrediten la existencia de los cárteles, la aplicación de penas de prisión se haría muy dificultosa, dado que para este tipo de sanción, las exigencias del poder judicial –único poder con facultad para imponerlas- son muy rigurosas, lo que determinaría que prácticamente sea imposible sancionar.

V. HERRAMIENTAS PARA LA INVESTIGACIÓN DE CÁRTELES

La CNDC tiene amplias facultades de investigación. Puede requerir información a entes públicos y privados, e incluso aplicar multas a los terceros requeridos que no colaboren u obstruyan el proceso. También puede citar testigos, realizar pericias y llevar a cabo allanamientos, aunque para estos últimos se requiere una autorización judicial.

En este sentido es importante destacar que la CNDC ha contado siempre, con la mayor cooperación de la policía y la justicia.

En las investigaciones más recientes, los allanamientos han sido sin duda la clave para la obtención de evidencia para resolver los casos. Estos procedimientos demandan muchos recursos tanto para la

realización del procedimiento como para el procesamiento posterior de la información. Es indudable que si la CNDC tuviese mayores recursos se podría potenciar tanto el alcance y profundidad como la celeridad en la investigación de carteles.

Finalmente, un programa de indulgencia también podría tener efectos positivos para este tipo de prácticas, pero para ello se requiere una modificación de la ley.