

La reforma a la ley de Defensa de la Competencia



Defensa de la Competencia busca evitar la concentración de la oferta

Agustín Waisman

10 de diciembre de 2020 • 09:32

El listado de los proyectos que deberán tratarse en las próximas sesiones extraordinarias del Congreso de la Nación, que comenzarán este mes, incluye la reforma de varios artículos de la Ley de Defensa de la Competencia sancionada en 2018. Tal vez el aspecto más controvertido de esta reforma sea la Autoridad Nacional de la Competencia ("ANC"). En los últimos días, distintos medios de comunicación y algunos especialistas han tratado el tema concentrándose en ciertas cuestiones relevantes y omitiendo otras.

La Ley de Defensa de la Competencia vigente ya establece la obligación de crear la ANC, que hasta ahora no fue concretada. Las principales razones para crear un organismo de este tipo son dos. La primera es implementar una estructura que esté más blindada de

las decisiones políticas que la estructura que funciona actualmente, que existe desde la década de 1980. Muchos países tienen agencias de defensa de la competencia con una estructura similar a la de la ANC. En la Argentina, desde hace años las decisiones más importantes relativas a la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, que son la aprobación de operaciones de concentración y la imposición de sanciones por infracción (por ejemplo por carteles o por abusos de posición dominante), son aplicadas por la Secretaría de Comercio luego de un dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -conocida como la "CNDC"-.

La segunda razón es lograr una separación mayor entre las funciones de "fiscal" y "juez". En la estructura actual, que ha sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia, la CNDC lleva a cabo las investigaciones (hace las veces de fiscal), y la Secretaría de Comercio juzga las infracciones y aplica formalmente las sanciones. La CNDC depende de la misma secretaría. Tanto la ley vigente como el proyecto de reforma buscan crear una autoridad independiente, y además dividen las funciones de la ANC: las decisiones señaladas más arriba son tomadas por un tribunal de cinco miembros, y las funciones similares a las de un fiscal (objetar concentraciones económicas e investigar prácticas que pueden ser ilegales) quedan en cabeza de secretarios de otros departamentos que son elegidos por el mismo mecanismo que los miembros del tribunal.

En este contexto, cualquier evaluación del proyecto de reforma debería descansar en un análisis objetivo de sus características, que son las siguientes. Primero, al igual que la ley vigente, el proyecto de reforma establece que la ANC será un organismo descentralizado y autárquico (de acuerdo con el proyecto funcionará en el ámbito de la Secretaría de Comercio). Los artículos de la ley vigente que establecen que esta autoridad formulará su propio presupuesto (que debe ser aprobado por el Poder Ejecutivo) no serán modificados; los artículos que establecen que los miembros de la ANC sólo pueden ser removidos "con causa" por las razones previstas en la misma ley, tampoco.

Por otro lado, los mecanismos de revisión judicial de las decisiones de la ANC que establece la ley actual seguirán vigentes. En otras palabras, en estos aspectos el proyecto es más parecido a la ley vigente de lo que algunos suponen. En este sentido, las críticas según las cuales el proyecto asegura que la estructura de la ANC termine siendo similar a la estructura que funciona actualmente (por quedar en el ámbito de la Secretaría de Comercio y no del Poder ejecutivo) son falsas, y las críticas según las cuales esto eliminaría la independencia funcional de la ANC parecen desproporcionadas.

La Secretaría de Comercio no es un organismo descentralizado ni autárquico (y sus miembros pueden ser removidos sin causa en cualquier momento); la ANC sí. El Tribunal de Defensa de la Competencia establecido en la Ley N° 25.156 de 1999 (que no fue creado por ningún gobierno hasta que una reforma de 2014 lo suprimió) también había adoptado un modelo similar, aunque en la órbita del -entonces- Ministerio de Economía.

Segundo, a diferencia de lo que establece la ley vigente, el proyecto de reforma suprime el concurso público para designar a los siete miembros de la ANC. Este cambio, naturalmente, permite una designación más rápida (que debe hacerse a través de procedimientos abiertos, públicos y transparentes que garanticen la idoneidad de las personas designadas), pero parece un retroceso respecto de lo establecido en la ley actual independientemente de cuál sea el resultado: en términos de diseño institucional, una designación directa no asegura el mismo filtro que supone superar el escrutinio de un concurso público.

Sin perjuicio de este cambio, es importante señalar que -al igual que en la ley vigente-, los miembros de la ANC que designe el Poder Ejecutivo requerirán acuerdo del Senado. Adicionalmente, la ley actual establece un mecanismo de designación "escalonada" de los miembros de la ANC: la duración de los cargos de algunos de los miembros incluidos en la primera designación es menor. Esto permite que sus cargos no venzan en forma simultánea, y que en el futuro sus reemplazantes deban ser designados por distintas administraciones. El proyecto elimina este mecanismo.

Tercero, una consecuencia (¿colateral?) de crear la ANC sería un funcionamiento más eficiente de la estructura: actualmente las decisiones deben recorrer dos organismos (uno, la CNDC, depende del otro, la Secretaría de Comercio) y pasar dos filtros. La ANC eliminaría esta burocracia. En suma, la estructura de Autoridad Nacional de la Competencia que propone la actual reforma parece avanzar en algunos aspectos y retroceder en otros. Sin embargo, en términos generales la creación de un organismo autárquico y descentralizado sigue siendo un paso adelante en relación con la estructura actual.

El autor es socio del Estudio Beccar Varela y profesor de la Universidad Torcuato Di Tella