

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish
Version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional**

– Contribución de la Argentina –

18-19 de septiembre 2018, Buenos Aires, Argentina

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Argentina PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 18-19 de septiembre 2018 en Argentina.

Mr. Chris Pike, Experto en Competencia - Chris.Pike@oecd.org.
Ms. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03435155

Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional

- Contribución de la Argentina¹ -

1. Introducción

1. La presente contribución a la sesión sobre política industrial y política de defensa de la competencia tiene por objeto resumir algunos puntos de contacto entre ambas políticas y presentar algunos casos de conexión entre las mismas que han tenido lugar en la experiencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Argentina (CNDC).
2. De ese modo, la contribución se organizará en tres partes. En la primera se resumirán algunos conceptos sobre la relación entre política industrial y defensa de la competencia. En la segunda se analizará la normativa argentina de defensa de la competencia, con particular referencia a posibles interacciones con distintos tipos de política industrial. En la tercera parte, por último, se expondrán algunos casos en los cuales dichas interacciones se han manifestado.

2. Política industrial y defensa de la competencia

3. Siguiendo una definición del economista alemán Jörg Meyer-Stamer, puede decirse que la política industrial consiste en la intervención del Estado en la economía con el objetivo de modificar la estructura industrial por sectores (favoreciendo a algunas industrias respecto de otras) o por zonas (favoreciendo a algunas regiones respecto de otras), o fomentar la competitividad internacional de la industria nacional.² Desde el punto de vista de sus objetivos, la política industrial puede a su vez clasificarse en tres grandes tipos: “horizontal” (que busca fomentar el desarrollo, pero sin favorecer explícitamente algunas industrias a expensas de otras), “modernizador” (que busca acelerar ciertos cambios que se están produciendo espontáneamente en la estructura industrial, y paliar efectos negativos de esos cambios) y “redistributivo” (que busca redistribuir ingresos entre sectores y entre regiones, como modo de forzar o acelerar un cambio de estructura).
4. La política industrial representa un tipo de política muy diferente de la defensa de la competencia, que en general tiende a permanecer neutral en lo que se refiere a favorecer relativamente a unos agentes económicos respecto de otros, tanto en lo que atañe a su ubicación en la estructura económica como a su ubicación geográfica (dentro o fuera de un determinado país). En cambio, la política industrial suele emplear instrumentos que, por definición, hacen que se algunos agentes económicos terminen favorecidos y otros puedan resultar desfavorecidos. Entre dichos instrumentos cabe mencionar las acciones de fomento tecnológico, la política de adquisiciones del sector público, subsidios y exenciones impositivas, y el uso selectivo de aranceles y otras limitaciones a las importaciones.

¹ Esta contribución ha sido preparada por Germán Coloma y Esteban Greco, con la colaboración de Lucía Quesada y Marina Bidart.

² Meyer-Stamer, Jörg: “Modern Industrial Policy or Postmodern Industrial Policies?”; Berlín, Friedrich Ebert Foundation, 2009.

5. Como puede apreciarse de la descripción anterior, muchas veces los objetivos de la política industrial entran en conflicto con algunos objetivos básicos de la política de defensa de la competencia de un país. Esto se debe a que algunas medidas de política industrial pueden hacer que se reduzca la competencia en ciertos mercados (por ejemplo, la competencia de productos importados) o que se favorezca la aparición de posiciones dominantes en los mismos (por ejemplo, por parte de empresas subsidiadas o desgravadas impositivamente). Es poco habitual, sin embargo, que las políticas industriales impliquen la aparición de prácticas anticompetitivas propiamente dichas, si bien en muchos casos lo que se generan son “entornos menos competitivos” que los que existirían en ausencia de dichas políticas industriales.

6. La política industrial y la política de competencia, sin embargo, pueden ser también complementarias en algunas circunstancias. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la sanción de conductas anticompetitivas sirve para incrementar la competitividad de la economía (como podría ser el caso de una sanción a proveedores de insumos). También puede ocurrir que algunas políticas industriales destinadas a promover el desarrollo de pequeñas o medianas empresas tengan como efecto desconcentrar algunos mercados, y que ello incremente la competencia en los mismos. Algo parecido puede llegar a ocurrir con algunas políticas industriales destinadas a impulsar la innovación tecnológica, ya que las mismas pueden generar la aparición de más competencia a través de nuevos productos.

3. Defensa de la competencia y política industrial en la normativa argentina

7. La Argentina tiene una tradición relativamente larga en lo que hace a normas relacionadas con la defensa de la competencia, que se remonta a la Ley 11.210 de represión de la especulación y los trusts, promulgada en el año 1923. Entre las normas que se han dictado sobre ese tema en los distintos momentos del tiempo sobresale la Ley 22.262, de 1980, que fue la que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. En dicha ley se esbozaban además los principales criterios para considerar que una conducta representaba una práctica anticompetitiva punible, los cuales en líneas generales se han mantenido hasta la actualidad a través de su incorporación a las leyes de defensa de la competencia sancionadas en 1999 (Ley 25.156) y en mayo de 2018 (Ley 27.442). A partir de la Ley 25.156, se ha incorporado el control de concentraciones económicas. Los criterios para determinar si una conducta investigada debe ser sancionada, o si una concentración económica no puede autorizarse tal como fue notificada, no incluyen consideraciones de política industrial.

8. La Ley 22.262 incluía una disposición (contenida en su artículo 5°) que establecía que quedaban excluidas de la definición de conducta anticompetitiva todos aquellos “actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquellas”. Esta disposición se interpretaba generalmente como aplicable a casos en los cuales una conducta que podría haber sido considerada como una infracción a la ley de defensa de la competencia aparecía específicamente autorizada por otra norma, y podía por lo tanto utilizarse para casos en los que existieran normas relacionadas con una política industrial que colisionara en algún punto con la política de competencia. Esa interpretación implicaba, por lo tanto, que una política industrial más específica tenía prioridad respecto de la aplicación de una ley más general como lo es la ley de defensa de la competencia.

9. El artículo 5° de la Ley 22.262, sin embargo, fue derogado en el año 1995 por la Ley 24.481, y cuando en 1999 se sancionó la Ley 25.156 (que reemplazó a la Ley 22.262) ya no se incorporó ninguna disposición semejante a la que contenía dicho artículo. Antes bien, la Ley 25.156 estableció en su artículo 1° que, en tanto pudieran considerarse como prácticas anticompetitivas ilegales, eran también punibles las conductas consistentes en “la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción ... de otras normas”, lo cual podía interpretarse como una situación inversa a la prevista en el artículo 5° de la Ley 22.262. También se estableció, a través del artículo 59 de la Ley 25.156, que quedaba derogada “toda atribución de competencia relacionada con el objeto de esta ley, otorgada a otros organismos o entes estatales”.

10. Con la sanción de la Ley 27.442, las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior se mantuvieron, ya que el artículo 1° de la nueva ley de defensa de la competencia conserva la redacción que al respecto tenía el artículo 1° de la Ley 25.156, y el artículo 82 de la Ley 27.442 es similar al artículo 59 de la Ley 25.156. La Ley 27.442 contiene, además, una serie de atribuciones reservadas para el Tribunal de Defensa de la Competencia (cuya creación prevé dicha norma) que permiten que el mismo lleve a cabo actividades relacionadas con “emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos” y con “emitir recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados” (artículo 28, incisos “h” e “i”).³ También incluye un capítulo titulado “régimen de fomento de la competencia” (artículos 74 a 78) en el cual se establecen una serie de atribuciones, que en su mayoría quedan en cabeza de la Secretaría de Comercio de la Nación, y que están relacionadas con programas de mejora de las condiciones de competencia, indicadores de la incidencia de la competencia en los mercados, resoluciones administrativas que puedan afectar el régimen de competencia, y estadísticas en materia de libre competencia.

11. Las atribuciones explícitas de las autoridades de defensa de la competencia contenidas en la Ley 27.442, sin embargo, no implican que puedan tener algún tipo de veto respecto de normas relacionadas con la política industrial, basada en consideraciones de competencia. Quizás la única excepción al respecto es la que tiene que ver con la aplicación de la Ley 26.522 (ley de servicios de comunicación audiovisual) que en su artículo 30 establece las bases de una política tendiente a permitir que ciertas empresas prestadoras de servicios públicos sin fines de lucro (principalmente cooperativas eléctricas y telefónicas) puedan prestar servicios audiovisuales tales como televisión por cable y provisión de internet de banda ancha. En la aplicación de dicha política, sin embargo, podría darse que la empresa en cuestión aprovechara su posición como prestadora de servicios públicos para ejercer poder de mercado como proveedora de servicios audiovisuales, y que tal posibilidad implicara también un perjuicio a la competencia en cierto mercado geográfico relevante. En el sistema de la Ley 26.522 se prevé que dicha posibilidad sea evaluada por la autoridad de defensa de la competencia, siempre y cuando exista una oposición por parte de un proveedor de servicios audiovisuales pre-existente que se vea afectado. Dicha oposición es

³ Estas disposiciones, en rigor, son similares a otras que ya aparecían en el artículo 24 de la Ley 25.156.

analizada por la CNDC, que debe también dictaminar acerca del posible daño a la competencia que, en cada caso concreto, pueda estar generándose.⁴

12. En resumen, la Ley de Defensa de la Competencia no prevé explícitamente que las consideraciones u objetivos de política industrial formen parte de los fundamentos de las decisiones, ni en casos de investigaciones de conductas anticompetitivas ni en la evaluación de los efectos sobre la competencia de las concentraciones económicas. Sin embargo, algunas interacciones entre política industrial y defensa de la competencia han aparecido en ciertos casos particulares de prácticas anticompetitivas o de concentraciones económicas, en especial en contextos en los cuales las decisiones podían estar influidas por otros objetivos de política pública. Algunos de esos casos serán comentados, a modo de ejemplo, en la siguiente sección del presente documento.

4. Casos de defensa de la competencia y política industrial

13. Si bien no debe esperarse en la actualidad que se incluyan fundamentos de política industrial en los casos de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual resulta consistente con la sanción de la Ley 27.442 que crea una autoridad independiente a tal efecto, se describen algunos casos que ilustran el debate de los temas objeto de análisis en el presente documento.

14. Un caso que fue resuelto con consideraciones ligadas con la política industrial fue la operación de concentración económica consistente en la adquisición de la empresa Pérez Compac S.A. (Pecom) por parte de la empresa brasileña Petrobras.⁵ Dicha operación, por la cual la principal compañía petrolera brasileña adquirió una compañía local muy importante, tuvo impactos en varios mercados relacionados con el petróleo, el gas natural y la energía eléctrica. En este último rubro en particular, Pecom controlaba una empresa que era el concesionario monopólico de cierta parte de la red troncal de transmisión de electricidad en la Argentina (Transener S.A.), y que estaba sometida a una regulación sectorial específica. Como Petrobras no tenía participación previa en ese mercado, la CNDC consideró que en ese punto la operación era simplemente una concentración de conglomerado, y que por su naturaleza era incapaz de afectar la competencia o el interés económico general.

15. Cuando la concentración Petrobras/Pecom fue finalmente autorizada por el Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa de la Competencia, sin embargo, su resolución incluyó una consideración ligada con la política industrial, puesto que implicó la aceptación, de manera concomitante, de un compromiso presentado por Petrobras por el cual la empresa brasileña se desprendería de su participación accionaria en Transener. Ese compromiso, probablemente, tuvo ver con el hecho de que durante el

⁴ Al respecto, existe ya una jurisprudencia relativamente abundante (poco más de 60 expedientes, al 30/06/2018) respecto de la cual la CNDC ha emitido dictámenes sobre este tipo de casos. En todos ellos la opinión ha sido favorable, en el sentido de que las cooperativas de servicios públicos podían representar un papel pro-competitivo útil en diversos mercados locales de servicios audiovisuales, aunque se han realizado recomendaciones sobre la separación de negocios y otras condiciones de comportamiento para evitar prácticas exclusorias.

⁵ Petrobras/Pecom; Resolución 62/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

proceso de análisis de la operación por parte de la CNDC algunos agentes económicos habían presentado argumentos (ajenos a las consideraciones de defensa de la competencia) que planteaban la posible inconveniencia de que una empresa brasileña se quedara con el control de una parte importante de la red eléctrica troncal de la República Argentina.

16. Otra concentración que terminó con un condicionamiento “industrialista” (y contradictorio con los criterios de defensa de la competencia) fue la que implicó la adquisición de la empresa Esso Petrolera Argentina S.R.L. por parte de Bidas Corporation.⁶ A diferencia del caso anterior, aquí el adquirente era una empresa de capitales preponderantemente locales, y la empresa adquirida, en cambio, era la filial de una empresa norteamericana. La concentración era básicamente vertical, ya que Bidas formaba parte de un grupo cuya principal actividad era la exploración y explotación de petróleo y gas, y, en la Argentina, Esso se dedicaba a la refinación del petróleo y a la posterior comercialización de los combustibles derivados del mismo.

17. La resolución del Secretario de Comercio Interior que aprobó la operación impuso como condicionamiento que Bidas llevara a cabo una ampliación de la refinería que Esso poseía en nuestro país, a fin de que la misma incrementara sustancialmente su capacidad instalada y su producción de naftas y de gas oil.

18. Así como los casos de Petrobras y de Bidas implicaron situaciones en las cuales la autoridad antitrust se hizo eco de consideraciones vinculadas con temas de política industrial, existen también algunos casos en los cuales la CNDC intervino en expedientes llevados a cabo por otros organismos, y que terminaron con soluciones en las cuales ciertas medidas relacionadas con políticas industriales tuvieron en consideración aspectos de defensa de la competencia. Esto puede considerarse como un cambio de enfoque que empezó a producirse a partir del año 2016.

19. Un caso de ese tipo tuvo lugar en una investigación relacionada con el mercado de celdas de carga para balanzas, por el cual se pretendía imponer medidas antidumping contra las importaciones chinas de ese producto.⁷ Como en ese caso las importaciones representaban un porcentaje muy importante de la oferta de celdas de carga que se vendían en la Argentina, y la producción local se hallaba prácticamente monopolizada por una empresa (Flexar S.R.L.), la CNDC aconsejó no hacer lugar a la medida antidumping, basándose en que la misma podía implicar una reducción muy importante de la oferta y un aumento en el precio de las celdas de carga (que no solo iba a perjudicar a los consumidores sino también a los fabricantes locales de balanzas). Este argumento fue receptado por el Ministro de Producción de la Argentina, cuya resolución finalmente implicó no poner ningún tipo de derecho antidumping a las importaciones cuestionadas.

⁶ Bidas/Esso; Resolución 82/2012 de la Secretaría de Comercio Interior.

⁷ Flexar S.R.L. s/ Dúmping; Resolución 551/2016 del Ministerio de Producción.