

Aproximación al estudio de los efectos de la política económica sobre la defensa de la competencia [1]

Análisis de las posibles consecuencias. Soluciones propuestas

Sebastián J. Ferreyra Romea

En atención a la importancia que ha adquirido durante los últimos años el control de fusiones y adquisiciones instaurado bajo la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156, se observa que es necesario instalar en nuestro país un debate profundo sobre la incidencia de la política económica en el campo de la defensa de la competencia. Resulta entonces interesante reflexionar acerca de las facultades conferidas a la autoridad de aplicación y sus decisiones más recientes, sin desatender los antecedentes provenientes de países influyentes en materia de derecho antitrust y los principios de nuestra Constitución Nacional.

I. Descripción del problema en análisis [\[arriba\]](#)

El régimen de control de fusiones y adquisiciones instaurado por la Ley N° 25.156 (la "LDC") hace más de 10 años[2] se encuentra en apogeo y eso se condice con la relevancia adquirida por la autoridad antitrust en los últimos años. Los crecientes índices de inflación y la falta de actualización de los umbrales de facturación ponderados en el control de fusiones se materializan en la cantidad creciente de notificaciones que se realizan ante la autoridad antitrust año tras año.[3] Esto demuestra el rol activo que la autoridad antitrust reviste actualmente y permite vislumbrar su posible función estratégica durante los años venideros.

Esta tendencia se verifica cuando confirmamos que durante los últimos años no se han readecuado los umbrales económicos de notificación de una operación de fusión[4]. Atento a los niveles de inflación existentes, más y más transacciones pasarán bajo el radar del Estado Nacional.

Ahora bien, las aclaraciones previas resultaban necesarias a efectos de identificar el quid central del presente trabajo: los efectos de la política económica sobre la defensa de la competencia. Si bien este tema pudo ser abordado ligeramente en algunos titulares periodísticos, el alcance que se le pretende dar a este trabajo es distinto: pretendo abordar la cuestión con un enfoque novedoso y superador, que haga suyos criterios doctrinarios y jurisprudenciales (nacionales e internacionales), partiendo de la premisa del derecho de la libre empresa y de la competencia como principios protegidos constitucionalmente[5].

Bajo tales premisas y con un firme compromiso de investigación, intentaré abordar un fenómeno jurídico que se vislumbrará de manera creciente en los próximos años: la incidencia de factores políticos o de interés público en el análisis de defensa de la competencia. A tal efecto será clave analizar el vínculo existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Empresarial en general, y con el Derecho de la Competencia en particular. A partir de dicho análisis propondré una solución alternativa que entiendo contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho, a la defensa de la competencia y a la comunidad en general.

A. Conceptos necesarios para el desarrollo del tema

Antes de desarrollar el problema específico que se presenta en el control de fusiones en el ámbito de defensa de la competencia, es necesario tener presentes algunos conceptos básicos que ayudarán al desarrollo de los mismos. Estos son:

- ¿Qué es la defensa de la competencia? ¿Cómo se aplica en Argentina y específicamente, en el ámbito del control de fusiones?

Se ha definido al derecho de la competencia como la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios[6].

Por otro lado, se ha afirmado que el objetivo principal de la defensa de la competencia es mantener y desarrollar una competencia eficaz en los mercados, ya sea actuando sobre el comportamiento de los agentes económicos o interviniendo directamente en la estructura de los mercados. En tal sentido, la defensa de la competencia procura que los mercados funcionen en condiciones eficientes, los intercambios de bienes y servicios se realicen a precios competitivos y de esta manera se optimicen los beneficios obtenidos tanto por los particulares como por las empresas.[7]

La competencia debe ser entonces para el consumidor y/o usuario el marco que le permita adquirir siempre lo mejor al más bajo precio[8]. Así, la competencia se restringe cuando los compradores son forzados a adquirir, en condiciones que no aceptarían de tener otras posibilidades de elección.[9]

En el contexto propuesto por la Constitución Argentina de 1853, de libertad de empresa, la reforma constitucional de 1994 dispuso que las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42) (y) al control de los monopolios naturales y legales”. En palabras de Orlanski, para que el derecho a la libre empresa garantizado en el art. 14 de la Constitución pueda ser ejercido plenamente y para que su ejercicio redunde en un beneficio de los consumidores, el ordenamiento jurídico impone diversas reglas que hacen que la libertad de empresa sea ejercida en un ámbito de mercado no distorsionado[10]. Según Molina Sandoval, tanta ha sido la importancia de este derecho, que ha merecido la expresa tutela constitucional. Ello así, pues el contenido de este ámbito normativo es claro y sus objetivos se ciñen al correcto funcionamiento del mercado, que no pueden ser disimuladas mediante conductas reñidas con el interés económico general.[11]

Recién en agosto de 1999, ante las presiones de los organismos multilaterales de crédito y el proceso de privatizaciones y desregulación acontecido en la economía argentina, se sanciona la LDC con el título de “Ley de Defensa de la Competencia”. En palabras de Nochteff y Soltz, se introducen mejoras respecto a la normativa anterior aunque algunas quedaron desvirtuadas o en “letra muerta” por las modificaciones introducidas posteriormente, o directamente por su incumplimiento[12].

En efecto, la LDC introdujo varias modificaciones al régimen anterior de la Ley 22.262, tales como la introducción del control de fusiones y, al mismo tiempo, creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (“Tribunal”) dentro de la órbita del Ministerio de Economía, que sería el organismo regulador en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, han pasado más de trece años y el

Tribunal no ha sido creado por el Poder Ejecutivo, tema que abordaremos en detalle más adelante.

La LDC no define explícitamente sus objetivos o propósitos generales, aunque pueden deducirse principalmente del contenido del artículo 1.[13]

Artículo 1.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

Adicionalmente, como se anticipó más arriba una de las novedades introducidas por la LDC consistió en la introducción en nuestra regulación del control de fusiones. Bajo el entendimiento de que los mercados no son perfectos, la acción del Estado deja de ser supletoria y pasiva y pasa a reemplazar al mercado que no puede aportar las soluciones a esas fallas[14]. Por lo tanto, conforme al espíritu del art. 7 de la LDC el poder público se permite revisar la legalidad de las concentraciones económicas con potencialidad de fortalecer un determinado poder de mercado.

Artículo 7.- Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Sentado lo anterior, el régimen de control de fusiones establece la obligatoriedad de notificar ante la autoridad antitrust aquellas operaciones de concentración económica por las que se opera el cambio de control en una empresa o varias (vía transferencia de acciones, activos, fondo de comercio, entre otros) en tanto el volumen de negocios de las empresas afectadas durante el último ejercicio fiscal supere los \$ 200 millones, y no se encuentren exceptuadas bajo ninguno de los supuestos indicados en el artículo 10 de la LDC. [15]

Ahora bien, una vez notificada una operación conforme el art. 8 de la LDC, será la autoridad antitrust quien deba analizar el panorama competitivo. Con tal finalidad la Resolución 164/01 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor establece los Lineamientos para el control de las concentraciones económicas (los “Lineamientos”). Tales Lineamientos le otorgan a la autoridad antitrust los elementos técnicos para determinar el grado de concentración de mercado resultante y, ergo, las posibles preocupaciones competitivas.

En principio los Lineamientos prevén un análisis de las empresas involucradas y de la integración resultante (horizontal, vertical o de conglomerado)[16] junto con las participaciones de mercado y otros aspectos tales como la cantidad de competidores, las barreras de entrada, volumen de importaciones y ganancias de eficiencias.

- La autoridad de aplicación de la LDC

Ya se ha dicho que uno de los principales cambios en el nuevo régimen instaurado por la LDC se manifestó por medio de la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (“Tribunal”) como autoridad antitrust. Según el art. 17 de la LDC, se trata de un organismo autárquico facultado para instruir sumarios administrativos y sancionar las conductas perjudiciales al interés económico general previstas en la LDC.

Por su parte, el art. 58 de la LDC, si bien derogó la antigua Ley N° 22.262, prevé la situación de transición generada hasta la creación del Tribunal. Al respecto, establece que la autoridad de aplicación de la ley derogada, la CNDC, subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal. Asimismo, faculta a la CNDC a intervenir en las causas en trámite a la fecha de su entrada en vigencia y a entender en todas las causas promovidas en aplicación de sus disposiciones.

La LDC no establece expresamente un límite temporal para la competencia de la CNDC. No obstante, dicho límite se infiere del artículo 60 de la LDC, en tanto establece que el Poder Ejecutivo Nacional debe reglamentar la ley en el término de ciento veinte (120) días, computados a partir de su publicación, y es ratificado mediante el Decreto N° 89/2001 (el “Decreto 89”) reglamentario de la LDC, que en el artículo 19 de su Anexo I establece que: “...la primera designación de los miembros de dicho Tribunal (...) deberá efectuarse dentro de los 60 días siguientes a la entrada en vigencia del presente”.

El art. 60 de la LDC otorgaba 120 días al Poder Ejecutivo Nacional para su reglamentación, es decir, para poner en ejecución la totalidad de sus disposiciones (art. 99, inciso 2° de la Constitución Nacional), entre las que se encuentra principalmente la constitución de su autoridad de aplicación.

El Decreto 89 que reglamentó la LDC fue sancionado el 25 de enero de 2001, es decir, un año y cinco meses después de la entrada en vigencia de la LDC. No sólo la LDC no fue reglamentada en el tiempo estipulado, sino que aún una vez dictado el Decreto 89 por el Poder Ejecutivo Nacional, éste previó en el artículo 19 de su Anexo I, un plazo de 60 días para la primera designación del Tribunal.

Sin embargo, la primera designación de los integrantes del Tribunal aún no ha sido efectuada, habiendo transcurrido trece años desde la promulgación de la LDC y doce desde la sanción del Decreto 89. Con base en estos antecedentes es que se encuentra cuestionada la competencia del Secretario de Comercio Interior y de la CNDC como autoridad de aplicación de la LDC.[17] En tal sentido es clara la afirmación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que el pasado 4/11/2011 resolvió declarar la nulidad de una resolución de la CNDC señalando que “Desde otro ángulo, no puede obviarse que a más de once años de la sanción de la LDC el tribunal allí previsto no ha sido constituido y tampoco parece existir voluntad del Poder Ejecutivo Nacional de cumplir con la manda legal”[18].

Sentado lo anterior, es importante destacar también que la CNDC carece de los atributos que si poseerá el Tribunal el día que sea finalmente conformado: independencia, imparcialidad e idoneidad.

En efecto, el Tribunal tiene carácter autárquico, lo que implica, por principio, que cuenta con personalidad jurídica propia y no está sometido a la potestad jerárquica de la administración central (conf. art. 17 LDC). Además, sus miembros tienen amplias garantías de estabilidad e independencia. Lo que no ocurre con los vocales de la CNDC, quienes son designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, la CNDC es un organismo desconcentrado, esto es sin personalidad jurídica propia, inserto dentro del organigrama de la actual Secretaría de Comercio Interior y que carece de facultad decisoria (para la aplicación de sanciones) la cual corresponde al Secretario ministerial[19].

Por su parte, el Secretario de Comercio Interior dista de ser desde el punto de vista funcional un órgano independiente e imparcial. En lo que refiere al primer atributo, el Secretario de Comercio Interior es designado y removido por el Presidente de la Nación a su sola discreción (conf. art. 99, inc. 7 de la Constitución Nacional); se encuentra sometido a un control jerárquico por parte de sus superiores y no se le exige recaudo técnico alguno para su nombramiento, más allá de las previsiones del art. 16 de la Constitución Nacional.

Con relación a la garantía de imparcialidad, el procedimiento para la investigación de conductas limita la actuación del secretario ministerial al rol de parte interesada, presuntamente en defensa del interés público (conf. art. 26, primer párrafo, del Decreto 89/01). Ahora bien, como consecuencia de la no constitución del Tribunal, ese funcionario también actuaría como juez con potestades de dictar Resoluciones.

B. Factores de política económica en cuestiones de competencia

a. Introducción al tema

Molina Sandoval ha dicho que la tendencia actual busca profundizar las cuestiones vinculadas con la defensa de la libre competencia, pues resulta indispensable-y aún con mayor énfasis para los países en desarrollo- lograr la construcción de un mercado que funcione de la manera más eficiente y que permita la corrección de las fallas del mercado (que tienen directa influencia en el bienestar general, de los competidores y de los consumidores). Y prosigue diciendo que si bien la ingerencia del Estado en el mercado debe ser mínima, el derecho asume un papel fundamental: arbitrar los mecanismos para su correcto funcionamiento.[20]

Ahora bien, el presente apartado tiene por finalidad dar cuenta que los principios señalados por el autor antes citado (los cuales comparto) no han encontrado recepción en la jurisprudencia más reciente de la autoridad antitrust. Por más que nos pese, este trabajo no pretende agotar la discusión sobre el tema. Muy por el contrario, un análisis profundo de la incidencia de cuestiones de política económica en el derecho de la competencia puede contribuir a encontrar una solución de carácter legal, frente a un panorama que encontraremos de forma cada vez más frecuente atento a la falta de constitución del Tribunal y al cúmulo de notificaciones que se realizan ante la CNDC.

A continuación haré una breve reseña de dos casos importantes en la jurisprudencia reciente de la CNDC, para luego extraer conclusiones preliminares a la luz de casos resonantes en países influyentes en el derecho antitrust.

b. Los casos más recientes y resonantes en Argentina[21]

El caso Telefónica/Telecom[22]

La transacción implicó la adquisición por parte de Telefónica S.A. (“Telefónica”) de una participación indirecta en Telecom Italia Spa (“Telecom”). Ambas, Telefónica y Telecom, controlan varias entidades relacionadas con la industria de las telecomunicaciones en la Argentina y, de hecho, son las dos principales empresas de telecomunicaciones presentes en el país.

Luego de casi dos años de investigaciones, medidas cautelares, resoluciones administrativas y judiciales a través de las cuales se discutió la legalidad de la transacción en la Argentina, las partes suscribieron un exhaustivo compromiso a fin de garantizar las condiciones competitivas en el mercado de las telecomunicaciones, el cual fue aceptado por la CNDC el 12 de octubre de 2010 a los fines de aprobar la transacción.

De acuerdo al compromiso, Telefónica se compromete a no participar ni votar en ninguna cuestión que se discuta en aquellas empresas que en última instancia controlen a las subsidiarias de Telecom en el mercado argentino.

A tales fines, las partes aceptaron aportar de manera permanente la siguiente documentación, que deberá ser luego analizada por la CNDC: (a) el Orden del Día a discutirse en las reuniones de directorio y asamblea de las empresas controlantes de las subsidiarias de Telecom en el mercado argentino, con carácter previo a su celebración; (b) las actas de directorio y asamblea de las mencionadas empresas, luego de su celebración. La CNDC también proporcionará a los directores y gerentes de las empresas subsidiarias de Telecom y Telefónica en Argentina capacitación sobre la existencia y extensión de los compromisos asumidos y el régimen de defensa de la competencia.

Ahora bien, desde el inicio del caso hasta la suscripción del compromiso existieron un sinnúmero de acciones judiciales y administrativas vinculadas con el procedimiento administrativo ante la LDC y también conflictos comerciales entre los accionistas de Telecom.

La CNDC fundó su decisión en elementos técnicos competitivos a los efectos de justificar su decisorio. Ello devenía necesario cuanto más ante una situación por la cual, como se explicó más arriba, el comprador adquiriría de forma indirecta una participación minoritaria en la empresa adquirida en Argentina. Recordar que la LDC sujeta al control de fusiones a toda operación cuando se verifica un cambio de control, y ello en principio fue discutido en el caso de Marras, motivo por el cual la CNDC sostuvo también que la participación indirecta otorgaría al comprador el acceso a información sensible esencial de su principal competidor en el mercado de telecomunicaciones en Argentina.

Asimismo la CNDC fundó su decisorio en aspectos de interés público que se ven reflejados en algunos pasajes del dictamen como el siguiente:

“1149. La finalidad (...) es garantizar que las firmas que efectúan la operación que se notifica se comporten de manera eficiente desde el punto de vista social. Si esos actos específicos que se deben realizar para lograr la eficiencia no se llevan a cabo, entonces la operación de concentración económica no tiene razón de ser

porque terminará afectado el interés social. 1150. Tal como se puede inferir, la operación de concentración económica que requiere de comportamientos específicos de las firmas que intervienen en ella debe ser evaluada en su conjunto. (...)”

El caso Bidas/Esso[23]

La transacción consistió en la adquisición por parte de Bidas Corporation del control exclusivo sobre Esso Petrolera Argentina SRL de propiedad de Exxonmobil International. En atención a las actividades del comprador y del objeto de la operación en Argentina, la operación presentó relaciones horizontales (producción de gas licuado de petróleo (GLP) y verticales (exploración y explotación de petróleo crudo y la oferta de productos derivados del petróleo; producción de gas natural y la comercialización de GNC).

Como elemento principal para resolver el caso la CNDC observó que las condiciones estructurales del mercado justificaban la adopción de medidas a efectos de evitar posibles perjuicios. Resulta ilustrativo citar algunos pasajes del Dictamen de la CNDC al respecto:

“384. Como resultado de la falta de inversión y las restricciones técnicas que condicionan los niveles de producción en la industria, se registra una oferta fija y una demanda creciente. Esta situación no solo presiona sobre los precios internos, sino que limita la existencia de la competencia entre las empresas en virtud de que cada una de ellas tiene la certeza de que toda la producción va a ser colocada en el mercado. 385. Queda expuesto de esta forma que la etapa de refinación constituye un cuello de botella para poder procesar mayores volúmenes de petróleo y consecuentemente poder ofrecer mayores cantidades de los principales productos refinados al mercado interno, siendo que este mercado presenta un creciente exceso de demanda de productos como gasoil y la mayoría de los demás productos refinados, cuyos precios correlativamente han aumentado. 386. Tal como se expresara a lo largo del presente dictamen la oferta de los principales derivados del petróleo se encuentra fija, con refinería de décadas de antigüedad que no han registrado inversiones significativas en aumento de su capacidad productiva y se encuentran operando al máximo de sus posibilidades técnicas”.

Y en virtud de lo anterior, la CNDC concluye

“390. En este contexto, la única posibilidad de equilibrar los mercados afectados de forma tal que comience a revertirse la tendencia expuesta es la generación de proyectos de inversión en aumento de capacidad de refinación, los cuales incrementarían la oferta de los distintos derivados del petróleo beneficiando el interés económico general. 391. Atendiendo las razones expuestas y a pesar de que la estructura del mercado de refinación en Argentina no varía como resultado de la operación, esta Comisión Nacional entiende que es necesario realizar algunas recomendaciones respecto de la situación descripta en la etapa de refinación, a efectos de incrementar la capacidad productiva y solucionar el actual cuello de botella por los faltantes de derivados del petróleo”.

Las recomendaciones emitidas por la CNDC recibieron acogida en un compromiso asumido por el comprador que consistió, básicamente, en (i) incrementar la capacidad de refinación en la Planta de Esso en Campana, Pcia. Buenos Aires, cuyo costo aproximado sería de USD 800 millones, (ii) mantener un adecuado

abastecimiento de la red de estaciones de servicio, todo ello bajo un estricto monitoreo trimestral de la CNDC.

c. Antecedentes en el mundo

Sudáfrica[24]

La adquisición del 51% del paquete accionario de Massmart por parte de Walmart (2010) constituyó una transacción de gran magnitud que merece ser tenida en cuenta atento a las consideraciones realizadas por la autoridad antitrust sobre el impacto de la operación en las condiciones de empleo en Sudáfrica.

La Comisión recomendó aprobar la transacción en forma plena por no presentar problemas de competencia (Walmart tenía una presencia mínima en Sudáfrica previo a la transacción). No obstante, agrupaciones gremiales e industriales manifestaron preocupaciones fundadas en el interés público, con base en los antecedentes de Walmart en materia de derechos laborales y los posibles efectos de sus prácticas empresariales sobre los proveedores y productores sudafricanos. Posteriormente, organismos de gobierno sostuvieron que la operación generaría la pérdida de miles de empleos, empeorando así las condiciones laborales y el efecto sobre los proveedores.

En marzo de 2012 los tribunales aprobaron la operación sujeto a condiciones que involucraron, entre otros (i) la no implementación de reducciones de personal por un periodo de 2 años luego de la operación y la obligación de reincorporar 503 empleados despedidos en 2010 considerando su debida antigüedad, (ii) la entidad resultante deberá honrar los contratos laborales vigentes y continuar honrando las practicas actuales del grupo Massmart de no desafiar la posición vigente del SACCAWU (la representación gremial más importante en la entidad) por al menos 3 años a contar desde la fecha de la transacción, (iii) la entidad resultante debe realizar estudios para determinar la manera más adecuada para que los proveedores sudafricanos puedan responder ante los desafíos de la operación y puedan beneficiarse, y en base a ello establecer un fondo especial para el desarrollo de los proveedores locales

UE y Estados Unidos

Bajo el control de fusiones de la Unión Europea, la Comisión Europea sólo puede prohibir concentraciones que impidan significativamente la competencia en el mercado común o en una parte sustancial de él, como resultado de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante. Al aplicar este criterio, la Comisión Europea analiza principalmente criterios estrictamente competitivos así como también las ganancias de eficiencia.

Sentado lo anterior, las políticas industriales u otras pueden jugar un rol limitado en casos que son analizados en Fase II donde el Colegio de Comisionados -en pleno- se reúne y adopta la decisión final.

Ahora bien, en Estados Unidos las agencias antitrust pueden prohibir aquellas transacciones que violan los criterios competitivos sustantivos enunciados en las normas antitrust.[25] En consecuencia, las agencias han señalado recurrentemente

que no toman y no pueden tomar en consideración factores no competitivos al momento de analizar una determinada operación.

d. Conclusiones preliminares

Volvemos sobre el tema bajo el riesgo de ser repetitivos: la finalidad de la norma Argentina anticoncurrencial es evitar las limitaciones o restricciones al mercado (entendido como la competencia entre agentes económicos interactuantes con consumidores de bienes y servicios)[26].

Ahora bien, resulta cuanto menos difícil compatibilizar el propósito arriba descrito con la realidad casuística argentina arriba analizada. Más aún cuando en las propias palabras de la CNDC

“la política de competencia en Argentina debe guardar correspondencia con la política económica vigente en los últimos años. Esta afirmación dista de ser un enunciado general ya que la política de competencia vela porque no se produzcan transferencias de rentas de los consumidores hacia empresas con posición dominante (individual o conjunta) por conductas anticompetitivas o cambios estructurales que impliquen incremento de la concentración en los mercados”. [27]

Siguiendo con el tema, la CNDC también ha recalcado la necesidad de acompañar el modelo económico imperante que “no sólo genera resultados significativos en términos de crecimiento económico sino también en la reducción de los elevadísimos niveles de desempleo y subempleo que la crisis había producido”.

Conforme lo anterior resulta preocupante la no aplicación del derecho de la competencia por la misma autoridad antitrust. A estos efectos resulta importante tener en cuenta los criterios sobre el tema que existen en los países influyentes en materia antitrust (como en la UE y en EE.UU.) y en países con una fuerte injerencia del interés público en las decisiones de competencia (tal es el caso de Sudáfrica, entre otros países).

Como elemento orientador, vale recordar los derechos constitucionalmente protegidos de “autonomía de la voluntad” (art. 19 CN), “propiedad privada” (art. 14 y 17 CN) y “libertad de empresa” (art. 14 CN), los cuales van de la mano y sirvieron de basamento jurídico para la proclamación constitucional del derecho de la competencia en nuestra Constitución Nacional de 1994. Una interpretación prudente de lo anterior implicaría que cualquier decisión que avasalle los principios jurídicos sobre los cuales se basa la defensa de la competencia, pecarían de ir contra el espíritu propio del constituyente.

II. Soluciones planteadas para resolver estas situaciones [\[arriba\]](#)

En primer lugar mi sugerencia es no renegar de la propia finalidad del derecho de la competencia (la cual fue explicada más arriba, según la óptica de diversos autores). Ello significa que cualquier tipo de medida de la autoridad antitrust que involucre elementos no competitivos (por ej. Interés público o social, empleo, inversiones, políticas industriales, etc.) debe ser de aplicación restrictiva.

Atento a la realidad casuística reciente y las altas chances de que el Tribunal siga sin constituirse, sugiero introducir cambios en nuestra regulación de forma tal de incorporar el supuesto de interés público a nuestra LDC. Al respecto, tomamos

como un valioso punto de partida el art. 12.A (3) de la Ley de Def. de la Competencia de Sudáfrica que reza al determinar si una fusión puede o no ser justificada bajo argumentos de interés público:

“la Comisión de Competencia o el Tribunal de Competencia deben considerar los efectos que la fusión tendrá sobre

(a) una industria o región en particular

(b) empleos

(c) la capacidad de una empresa pequeña, o firmas controladas o de propiedad de personas históricamente desventajadas, para así se vuelven competitivos

(d) la capacidad de la industria nacional de competir en los mercados internacionales.”

Ahora bien, debería también quedar expresamente previsto en la norma lo siguiente:

(i) Operaciones comprendidas - que la posible aplicación del concepto de interés público recaiga solamente sobre transacciones de gran escala con entidad suficiente para afectar la economía del país (por ej., que involucre empresas cuya facturación se encuentre por encima de cierto umbral)

(ii) Carga de la prueba - que la carga de probar la existencia del mentado “interés público o industrial” recaiga bajo responsabilidad de quien alega su existencia (probablemente recaiga entonces sobre la autoridad antitrust) y que se cuente con una explicación precisa acerca de la forma en que la operación derivaría en un menoscabo al interés público o industrial del país. A tal efecto se debería fijar un estándar de evidencia sustancialmente alto de forma tal que la aplicación del precepto arriba enunciado sea realmente de carácter justificado.

(iii) Ganancias de eficiencia - resulta también recomendable que recaiga sobre las partes notificantes la obligación de probar la existencia de ganancias de eficiencia que minimizan o aminoran cualquier impacto público o industrial en los factores económicos del país.

(iv) Grado de participación - desde ya, se deberá prever la participación en el procedimiento de organizaciones empresariales, gremios y asociaciones de consumidores y toda otra parte que pudiera tener un interés legítimo sobre el procedimiento.

III. Conclusiones finales [\[arriba\]](#)

Cabanellas ha dicho que entre las ramas del Derecho que han experimentado un sustancial desarrollo a lo largo del siglo XX, la legislación regulatoria de la competencia ocupa un lugar prominente[28]. Ahora nos toca afirmar que el derecho de la competencia se presente de cara al futuro como una rama del derecho en crecimiento. Lamentablemente, por ahora debemos decir que el crecimiento se asoma más de forma cuantitativa que cualitativa ya que existen

temas en la regulación que han sido desatendidos durante años y que merecen atención inmediata.

Resulta cuanto menos increíble que el Tribunal no haya sido constituido a la fecha y que aún nos sigamos valiendo de la autoridad antitrust de la Ley N° 22.262. La no constitución del Tribunal genera en la práctica problemas procedimentales (a través del constante cuestionamiento sobre la competencia de la CNDC y del Secretario de Comercio Interior como autoridad de aplicación de la LDC) y también sobre aspectos de fondo (sobre el modo en que se resuelven casos de control de fusiones, la incidencia de la política económica en temas de defensa de la competencia, entre otros).

Si bien la defensa de la competencia tiene una clara finalidad en pos de la protección del correcto funcionamiento de los mercados y en principio debería ser independiente del accionar político del Estado, la realidad demuestra que cuando hay casos que ligeramente pueden denotar un interés directo o indirecto de parte del Poder Ejecutivo, es la autoridad antitrust quien (sin la consideración de aspectos técnicos ni regulatorios) implementa soluciones ad hoc con base en la situación dada de un mercado en un momento particular de la Argentina.

Una conducta así no sólo configura una trasgresión de los principios constitucionales sobre los cuales se basa la defensa de la competencia, sino que pone un manto de incertidumbre al momento de estructurar negocios de inversión en nuestro país, producto de criterios de análisis competitivos que distan de ser claros y precisos.

Lo ideal entonces, en mi opinión, radica en que la legislación aplicable exponga de modo claro los elementos que serán analizados por la autoridad antitrust al resolver en el control de fusiones. Soy consciente que, en su momento, los Lineamientos han sido de notable utilidad para que el regulador funde sus decisiones competitivas. Ahora la realidad casuística parece invitar a una adaptación de la normativa vigente a efectos de plasmar el concepto de interés público, los elementos probatorios a tener en cuenta y los sujetos que podrán participar en este proceso. De esta manera se busca evitar que las recomendaciones propuestas por la CNDC terminen distorsionando mercados, cuyo efecto pernicioso recae sobre los administrados. En términos románticos, se trata entonces de instaurar un debate serio para que el derecho de la competencia no se transforme en el hacedor de su propio fin.

[1] El presente trabajo recibió el Primer Premio en el Concurso de Becas por Mérito Académico de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral 2014-2015. El Jurado estuvo integrado por los Dres. Jorge Alterini, Osvaldo R. Gómez Leo y José Miguens.

[2] La LDC fue sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre del mismo año.

[3] Para adquirir una noción acabada de cómo se fue desarrollando el régimen de control de fusiones en Argentina, recomiendo la lectura del trabajo de investigación realizado por los Dres. Grecco y Petrecolla titulado “El control de

Fusiones y Adquisiciones en Argentina (1999-2011): Indicadores de desempeño”. http://mpr.ub.uni-muenchen.de/41890/1/MPRA_paper_41890.pdf (disponible en Internet el 9 de diciembre de 2013).

[4] En los últimos años han existido diversos proyectos dirigidos a reformar la LDC pero a la fecha ninguno ha llegado a buen puerto. Entre estos se encuentra la introducción del programa de clemencia (leniency) para investigar carteles anticompetitivos, la actualización de las multas por conductas anticompetitivas, el incremento de los umbrales de notificación de una concentración económica y la inclusión expresa en la LDC del nombre de las agencias estatales que aplican actualmente las disposiciones allí contenidas.

[5] ORLANSKI, Leonardo, Competencia y Regulación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 30.

[6] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, Ley 25.156 Defensa de la Competencia comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 6.

[7] TORTAROLO, María Rita, La Ley de Defensa de la Competencia en la República Argentina.

<http://www.eco.unrc.edu.ar/wp-content/uploads/2011/04/Tortarolo.pdf> (disponible en Internet el 8 de diciembre de 2013).

[8] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, 6.

[9] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), Dictamen de fecha 21/6/1995 en el caso “CNDC de oficio c. Centro de Industriales Panaderos de Lanás”.

[10] ORLANSKI, 35.

[11] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Defensa de la Competencia, Errepar, Buenos Aires, 3.

[12] NOCHTEFF, Hugo y SOLTZ, Hernán, Defensa de la Competencia, Plan Fénix, FCE/UBA.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9xOWN8hpApkJ:www.eco.unba.ar/planfenix/documentos/tecnicos/Defensa%2520Competencia%2520-Nochteff%2520Soltz%2520-%2520Fenix%2520-%2520V.%2520Final.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar> (disponible en Internet el 8 de diciembre de 2013).

[13] Resulta también útil analizar la LDC a la luz de los debates parlamentarios. A modo de ejemplo, cabe destacar las expresiones de la Diputada Isequilla al momento de discutir la sanción de la LDC, a saber “[el capitalismo] es profundamente inmoral cuando no permite el libre ejercicio de la competencia, y ésta es fundamental para lograr el bienestar de toda la comunidad”.

[14] ORLANSKI, 36.

[15] ARTICULO 10, LDC – Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo anterior las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones;
- b) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;
- c) Las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina;
- d) Adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año).
- e) Las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 6° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en

conjunto superen dicho importe, o el de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$) 60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

[16] Se considera que existe una relación horizontal entre empresas cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios sustitutos. En cambio, nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación de un mismo bien o servicio. Finalmente, una concentración de conglomerado comprende operaciones donde las partes no están relacionadas horizontal ni verticalmente.

[17] La anomalía que representa la existencia de la CNDC a más de 12 años de dictado de la LDC que ordenó su desaparición, ha sido reconocida por la jurisprudencia en fallos recientes tales como Sala A de la Cámara Penal Económico de fecha 12.02.2010 en autos caratulados: “Incidente de Apelación S.A. y Otros Contra Resolución SCI N° 483/09 (En Autos Principales “Pirelli & C SPA y Otros s/ Notificación Art. 8 Ley 25.156”) y Sala A de la Cámara Penal Económico de fecha 02.02.2011 en autos caratulados: “Grupo Bimbo S.A. y Cía. De Alimentos Fargo S.A. a/infracción a la Ley 25.156”.

[18] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, Causa 1.473/10- Cablevisión S.A. y otros s/apelación resolución CNDC (2011).

[19] Conforme exposición de motivos y arts. 19, 24, 26, 28, 29 y 30 de la Ley 22.262; Dictamen de la Señora Procuradora Fiscal al que remitió la Corte Suprema en la causa “Credit Suisse”, Fallos 330:2527, entre otros.

[20] MOLINA SANDOVAL, 3.

[21] No desconozco que han habido más casos en el pasado que serían aplicables al tema, pero opté por centrar mi análisis en los casos más recientes y que ello funcione como disparador de un debate más amplio.

[22] Resolución SCI 148 de fecha 13/10/10 y Dictamen CNDC 835 de fecha 12/10/10. Disponible en <http://www.mecon.gov.ar/cndc>.

[23] Resolución SCI 82 de fecha 30/8/12 y Dictamen CNDC 946 de fecha 29/8/12. Disponible en <http://www.mecon.gov.ar/cndc>.

[24] Corte de Apelaciones de Competencia (Competition Appeal Court), decisión de fecha 9 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/110111CACJun11-Walmart-judgment.pdf>

[25] Artículo 7 de la Clayton Act, artículo 5 de la FTC Act, artículos 1 y 2 de la Sherman Act.

[26] MOLINA SANDOVAL, 11.

[27] Resolución SCI 6 de fecha 26/1/2012 y Dictamen CNDC 739 de fecha 25/1/2012.

[28] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo I, Heliasta, Buenos Aires, 11.