

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES INTERNACIONALES

ANTITRUST: UNA PROPUESTA REGULATORIA

FERNANDO C. ARANOVICH*

RESUMEN

El derecho regulatorio de la competencia en la Argentina está sujeto a controles del Poder Ejecutivo pese a que la Ley 25.156 dispuso en 1999 la creación de un tribunal independiente. El umbral para el control de las concentraciones es muy bajo por efecto de la inflación y la devaluación de la moneda argentina (aproximadamente US \$ 23.530.000 al tipo de cambio oficial y US \$ 14.300.000 al tipo de cambio libre al 6/9/2014) y los costos para la aprobación de los proyectos es muy elevado.

El autor propone un procedimiento a cargo de un tribunal independiente que integra el Poder Judicial y una fiscalía dentro del

* El autor es socio retirado de Marval, O'Farrell & Mairal y ha sido profesor de Economía en la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho) y de antitrust en los posgrados de las Universidades di Tella, San Andrés y Católica Argentina. Ha integrado el directorio de Carrefour, Lehman Brothers y Danone en la Argentina, entre otras empresas. Ha publicado artículos sobre derecho y economía en revistas especializadas y diarios argentinos y extranjeros.

Ministerio de Economía que en un plazo breve podría solicitar al tribunal el análisis de las concentraciones que excedan de US \$ 200 millones y cuando su potencial efecto anticompetitivo en el mercado relevante así lo justifique.

El resto de las concentraciones se aprobaría automáticamente en beneficio de la actividad económica y con menor intervención política discrecional del Poder Ejecutivo.

Palabras clave: derecho regulatorio, umbral para el control de concentraciones empresariales, Argentina

ANTITRUST: A REGULATORY PROJECT

ABSTRACT

The Argentine antitrust law provides that M&A are subject to the Executive's control although law 25,156 enacted in 1999 set up an independent court. The threshold for M&A subject to control is quite low because of high inflation and devaluation of Argentine currency (approximately US \$ 23,530,000 at the official exchange rate and US \$ 14,300,000 at the free market rate as of 9/6) 2014) and the costs for approval proceedings are very high.

The author proposes a proceeding before an independent court within the Judicial Power and a prosecutor office within the jurisdiction of the Ministry of Economy which in a short term may ask to the court the full analysis of M&A exceeding US 200 millions when they may raise economic concerns in the relevant market. All other M&A shall be deemed automatically approved for the benefit of the economy and a reduced discretionary Executive's policy.

Key words: regulation, M&A Threshold, Argentina.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL

La desmesurada extensión del plexo normativo y las numerosas decisiones administrativas y judiciales afectan el desarrollo de mercados competitivos a veces en forma contraria al propósito perseguido. Esa complejidad ha sido criticada por juristas y economistas. Entre los primeros EDWIN S. ROCKEFELLER quien fuera presidente de la sección *Antitrust Law* de *American Bar Association*, miembro de *Federal Trade Commission* y profesor de la Universidad de Georgetown es la voz de un destacado especialista que se atreve a cuestionar un dogma al que juzga de religión porque su aplicación no es ya un conjunto coherente de reglas adoptadas por el Congreso sino una arbitraria regulación política de la actividad comercial¹.

Las leyes y normas complementarias que constituyen en la Argentina el derecho antitrust se han expandido también vigorosamente; esa tendencia iniciada por el derecho anglosajón pasó al derecho continental europeo en el Tratado de Roma en 1957 y tuvo especial énfasis en la Argentina en las dos últimas décadas del siglo XX con el dictado de las Leyes 22.262 en 1981 y 25.156 en 1999.

La abundancia de regulaciones y la vaguedad de sus textos convierten a quienes deben interpretarlas en “gurúes” cuyos clientes suponen que poseen fuentes de información desconocidas para el público². Otro especialista el profesor SPENCER WALLER³ funda la creencia en “el conocimiento de los legisladores, la familiaridad con la política que se ejecuta, aún no publicada y el acceso a las agencias que tiene un papel crítico en convertir a uno mismo

1 ROCKEFELLER, EDWIN S., “The Antitrust Religion”, Cato Institute, Washington DC, USA, 2007, pág. 1.

2 ROCKEFELLER, EDWIN S., *op. cit.* pág. 16.

3 *Ibidem*, nota 2, pág.17.

en un experto”. Los expertos toman contacto entre sí, participan de congresos, foros, cursos y publicaciones y crean lo que ROCKEFELLER llama la “comunidad del antitrust”⁴

ELEANOR M. FOX, una prolífica autora de textos en la materia y profesora universitaria, también muestra su preocupación por el inusitado crecimiento de las regulaciones antitrust que imponen una carga excesivamente gravosa con relación a sus beneficios. La proliferación de controles previos, la multiplicidad de jurisdicciones, la superposición de aranceles y honorarios de reguladores, expertos y abogados constituyen barreras que se erigen cuando simultáneamente se eliminan las restricciones al libre comercio⁵.

Los economistas también han sido críticos del sistema normativo o de su aplicación.

ALAN GREENSPAN⁶ sostiene que a su juicio nunca la política antitrust ha sido una herramienta pro competitiva eficiente y que

4 ROCKEFELLER comenta la reunión en Bonn de más de 400 representantes de 80 agencias reguladoras y de miembros de la comunidad antitrust (pág. 25). Asimismo las reuniones anuales generales de International Bar Association, de zonas geográficas y por materia reúnen varios miles de abogados que intercambian las novedades legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales y participan de redes referenciales de potenciales clientes. La intensa actividad de la comunidad antitrust, como en otras áreas del derecho, moviliza recursos enormes para la organización de estas conferencias que dan lugar también a publicaciones, viajes y otros programas de esparcimiento turístico por lo que es improbable que los miembros de la comunidad antitrust sean quienes promuevan cambios legislativos que tiendan a disminuir o aliviar los controles regulatorios. No obstante, existen serias obras, aunque esencialmente exegéticas de las normas argentinas, que son valiosas para el conocimiento del marco regulatorio local, como: “Defensa de la Competencia - Análisis Económico Comparado”, Germán Coloma, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2009; “Ley 25156 - Defensa de la Competencia Comentada y Anotada”, GUILLERMO CERVIO y ESTEBAN P. RÓPOLO, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.

5 FOX, ELEANOR M., “Can we control merger control?” Global Forum for Competition and Trade Policy, Special Report: Policy Directions for Global Review, International Bar Association and The World Bank, págs. 79, 80.

6 GREENSPAN, ALAN. “The age of turbulence”, Penguin Press, New York, 2007, pág. 494.

aplicar criterios del siglo XX en la era digital está pasado de moda porque “una innovación tecnológica puede convertir un gorila de 800 libras en un chimpancé bebé en una noche”.

Este concepto resulta notablemente acertado si se comparan los limitados efectos del acuerdo entre AT&T y los tribunales federales de EE.UU. que llevaron a la escisión de la empresa y la creación de las “*baby bells*” en 1974 con el apabullante cambio originado en el desarrollo de las tecnologías digitales de transmisión de voz, datos e imágenes con los teléfonos móviles o celulares y otros productos como *IPods* y *IPads*. Las líneas fijas limitadas por ubicación, escalas, costos hundidos, etc. han sido arrolladas por los nuevos sistemas de comunicación infinitamente más veloces, ágiles y con menores tarifas.

¿Cuál es el origen de ese cambio: la regulación? No, ha sido la creatividad humana y las fronteras de sus aplicaciones se expanden en forma permanente quedando siempre los reguladores, en tanto no se limitan a evitar la monopolización, atrapados en su propio atraso para comprender y favorecer el cambio.

En los períodos de administración republicana en los EE.UU. se han suavizado las restricciones a las concentraciones y se enfatizó la persecución de los acuerdos de precios, la distribución de mercados y la eliminación de las barreras a la entrada de nuevos competidores. El antiguo concepto “populista” contrario al gran tamaño de la empresa se abandona porque no existe evidencia irrefutable que vincule tamaño e ineficiencia competitiva⁷.

En este mare mágnun regulatorio han aparecido, además, otros valores distintos a la eficiencia económica que las normas antitrust supuestamente también deberían proteger. Entre ellos la protección de las empresas pequeñas, la maximización del beneficio del consumidor, la limitación a la concentración del poder

7 SAMUELSON, PAUL y NORDHAUS, WILLIAM D. “Curso de economía moderna”, MacGraw-Hill, 1990, pág. 659 y ss.; HOVENKAMP, HERBERT, “Economics and federal antitrust law”, Hornbook Series Student edition, págs. 40-50.

económico, la despersonalización de las grandes corporaciones y la moralidad y equidad en los negocios.

La posición que limita el objeto de las normas antitrust a garantizar la eficiencia económica es sostenida por miembros tradicionales de la llamada escuela de Chicago como los profesores RICHARD POSNER y ROBERT BORK⁸ para quienes no resulta claro como pueden conjugarse estos nuevos objetivos que parecen ser propios de otras regulaciones sin afectar el propósito básico y esencial de las normas antitrust que al perseguir la maximización de la eficiencia económica llevan a asignar correctamente los recursos, proveer los precios competitivamente más bajos y la mejor distribución.

Similar preocupación muestra SANTIAGO URBIZTONDO al analizar la política de defensa de la competencia en la Argentina en 2007. URBIZTONDO deduce que el nuevo paradigma “no es la competencia sino el Estado quien determina o afecta fuertemente –de manera directa y sin intentar replicar la asignación de recursos resultante los contextos fuertemente competitivos– las decisiones de inversión y precios”⁹.

Continúa diciendo que “la autoridad aplica la política antitrust para fines distintos de la maximización de la eficiencia, por ejemplo, para combatir la inflación o evitar la compra de empresas nacionales por extranjeros, todos ellos, juntamente con la protección del ambiente, la promoción de empresas pequeñas o la creación de empleo, objetivos de otras políticas y regulaciones específicas”. Ello lo hace concluir que “dependiendo de la interpretación subjetiva que hagan las autoridades políticas de turno sobre lo que significa el “interés general de la nación” cualquier concentración económica puede ser revisable por el poder políti-

8 ROCKEFELLER, *op. cit.* pág. 36 y sigs.

9 URBIZTONDO, SANTIAGO. “La política actual de defensa de la competencia en la Argentina (primera parte)”, *Indicadores de Coyuntura* N° 476, FIEL, mayo de 2007.

co (ya sea por tener efectos sobre la inversión o el empleo según se señala explícitamente, o porque pudieran permitir el control extranjero de “áreas sensibles o estratégicas”...”.

En síntesis, existe un desarrollo incontenido de las regulaciones y un desvío de los objetivos propios del derecho antitrust que podría llevar como sucede hoy en la Argentina a una aplicación arbitraria, discrecional y hasta persecutoria según sea el propósito de la autoridad. En el campo académico la polémica está planteada y serán los legisladores quienes deberán receptar unos y otros argumentos para modificar las normas aplicables. En materia institucional el preocupante desvío de la finalidad aparentemente fundado en consideraciones extrañas a la maximización de la eficiencia del mercado da lugar a un mayor inseguridad jurídica como muy bien resume el editorial del diario *La Nación* titulado “El combate contra los monopolios” del 27 de febrero de 2011, íntegramente dedicado a analizar el comportamiento regulatorio de las autoridades nacionales¹⁰.

2. EL COSTO ARGENTINO DE LA REGULACIÓN

El elevado costo de cumplir con la legislación no es un fenómeno exclusivamente argentino y afecta las economías de los países más desarrollados como EE.UU. y la Unión Europea donde tienen lugar las mayores transacciones y se producen los efectos sustanciales de las adquisiciones y fusiones¹¹.

10 Editorial de *La Nación* del 27 de febrero de 2011. Es un texto comprensivo de las principales objeciones hechas a la política antitrust por sus contradicciones y desvíos. Otro editorial del mismo periódico del día 13 de mayo de 2013 califica como “desnaturalizada” a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Pueden verse, además, cientos de artículos y noticias, comentarios de periodistas especializados y economistas en los diarios *La Nación*, *Clarín*, *Perfil* y *El Cronista Comercial* donde se analizan aspectos de las regulaciones de precios, comercio exterior, de política antitrust y cambiaria que muestran contradicciones, marchas y contramarchas permanentes.

11 J. WILLIAM ROWLEY Q.C. y A. NEIL CAMPBELL en “Multi-Jurisdictional Merger

ROCKEFELLER informa que en 2005 sobre 1695 concentraciones económicas solo 18 fueron cuestionadas por la Comisión Federal de Comercio y/o el Departamento de Justicia lo que representa el 1,06% del total¹².

Veamos los datos informados por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) entre 1999 y 2006¹³. Se sometieron al control 566 concentraciones económicas y de ellas solamente 7 fueron rechazadas y 29 sometidas a algún condicionamiento (generalmente poco relevante como no hacer publicidad, vender una planta o una marca o no elaborar algún producto). Ello representa respectivamente 1,24% y 5,12 % del total.

Veamos ahora cuáles han sido los plazos necesarios para la aprobación, rechazo o condicionamiento también informados por la CNDC.¹⁴

	2005/2007	2008	2009/2010
	meses	meses	meses
Máximo	48	57	38
Mínimo	2	2	2
Promedio	6	10,2	15,2

Review is it time for a common form filing treaty” citan ejemplos de Suiza, la Unión Europea y Nueva Zelanda entre los mayores y menores aranceles de las agencias regulatorias. El informe es solo parcial y los autores señalan que son solo la punta del iceberg porque no existen datos comprensivos de la totalidad de los costos públicos y privados del control de concentraciones en los Estados Unidos de América, (“Global Forum for Competition and Trade Policy, Special Report: Policy Directions for Global Merger Review”, International Bar Association and The World Bank, pág. 21).

12 ROCKEFELLER, *op. cit.*, pág. 8.

13 “The Merger Control Review”, 2nd edition, editor Ilene Knable Gotts, Law Business Research, 2011, Chapter 1, pág. 7.

14 *Ibidem*, nota 13.

Este cuadro muestra una tendencia a la prolongación del tiempo para el análisis el que, por supuesto, significa mayores costos para las empresas afectadas no solo por las consecuencias económicas y financieras propias de la demora en poner en marcha el proyecto resultante de la fusión o adquisición, sino también por los mayores costos directos involucrados en los honorarios de los profesionales que asesoran a cada parte.

No existen estudios públicos o privados acerca de los costos involucrados en estas operaciones y como la CNDC no percibe (todavía) honorarios que retribuyan sus tareas de control no es posible acceder a una fuente indubitable y es necesario proceder a una construcción estimativa basada en el presupuesto de la CNDC para un año determinado y en los posibles honorarios profesionales por el asesoramiento y representación de las empresas.

En función de estos datos es razonable asumir que si un caso demanda algo más de 15 meses, en promedio, para su aprobación el tiempo dedicado al análisis del tema, la preparación de los formularios llamados F1, F2, y F3, las reuniones con los funcionarios de las empresas, con otros profesionales que intervengan en el proceso (abogados, contadores, economistas, traductores, ingenieros, etc.), la contestación de los pedidos de información adicional y la asistencia a declaraciones testimoniales, demandará no menos de 1000 horas profesionales a cada una de las empresas afectadas, es decir, 66 horas por mes. Es posible que el trabajo sea muy intenso en su comienzo y en las etapas intermedias y decreciente hacia el final salvo en los casos que deben plantearse apelaciones ante el tribunal de alzada.

En función de los honorarios establecidos en el mercado local también puede fijarse un promedio de US\$200 por hora incluyendo abogados y economistas.

En consecuencia, el costo total sería de US\$20.000 para cada una de las partes a lo que deberían agregarse los costos de las traducciones de los documentos en idiomas extranjeros, las le-

galizaciones, certificaciones contables y notariales, viáticos, comunicaciones telefónicas, etc. cuyo total varía en función de las circunstancias especiales de cada caso.

El costo por transacción promedio asciende entonces a US\$40.000 que multiplicados por las 566 transacciones sometidas entre 2006 y 2010 suma US\$22.640.000 al que debe agregarse el presupuesto de la CNDC por cada uno de los años.

El presupuesto del año 2013 de la CNDC es de \$28.538.000¹⁵ y en un cálculo preciso debería adicionarse al costo del sector privado mencionado *supra*. No obstante, puede sostenerse que como la CNDC además está facultada para realizar investigaciones de mercado, estudiar denuncias por prácticas anticompetitivas o promoverlas, responder pedidos de informes de otros organismos o del Poder Judicial o del Poder Legislativo, y no sería apropiado imputar todo el presupuesto a las tareas de control de las concentraciones económicas. Atento ello no se lo considera aquí a los efectos de este cálculo aunque debería ser posible con una afinación del estudio e información adicional de los recursos asignados a cada actividad regulatoria específica, determinar la parte de dicho presupuesto que se le impone a la sociedad por el control de las empresas afectadas.

Nótese, además, que del total del presupuesto de la CNDC, \$27.100.000 se destinan a la retribución del personal y las cargas sociales, servicios técnicos profesionales y pasajes, o sea que el 95% del presupuesto lo consumen salarios y viajes de los asalariados.

Hemos visto que del total de las concentraciones sometidas a control en el período 2006-2010 solamente 7 fueron rechazadas. Ello significa que solamente esas 7 adquisiciones o fusiones podrían dañar el mercado; la sociedad para evitar el daño potencial

15 Ley 26.784 Presupuesto Nacional 2013, Programa 31, Defensa de la Libre Competencia.

(no ha sido probado por cuanto no han tenido lugar las concentraciones objetadas) soporta el costo presupuestario del organismo, aún parcial, y el costo de la aprobación de todas las demás operaciones.

Determinar qué concentraciones causarían potencialmente un daño y deberían ser rechazadas, o sea esos 7 casos, costó no menos de US\$22.640.000 porque todas las demás operaciones aún cuando nunca hubieran sido controladas no producían un peligro potencial ni un daño efectivo para el mercado. **Es decir que el costo por operación rechazada ha sido de US\$3.234.285 !!**

Reitero que a ello deberían agregarse los gastos de cada operación y una imputación parcial del presupuesto de la CNDC.

Ese dispendio de fondos privados y públicos y los costos ocultos emergentes de la tramitación administrativa, más allá de los perjuicios institucionales no mensurables económicamente a que se refiere el diario *La Nación* en los editoriales del 27 de febrero de 2011, y del 18 de marzo de 2013 exige un análisis del régimen vigente para proponer una alternativa más eficiente y menos onerosa para la sociedad.

Adicionalmente debe tenerse presente el resultado del trabajo que periódicamente desde 2010 prepara el Center for European Law & Economics llamado “The Global Merger Control Index 2013”. El estudio concluye que los organismos de control de las conductas anticompetitivas de la Unión Europea y de los Estados Unidos de América son igualmente confiables y eficientes. Fuera de los países de la OECD y de los Estados Unidos las tres jurisdicciones con peores resultados fueron Bielorusia (5,19), Kazakhistan (3,47) y la Argentina (2,75), siendo nuestro país el peor calificado entre los que no pertenecen a la OECD. Ese informe comprende 65 jurisdicciones y encuesta anualmente a más de 170 expertos¹⁶.

16 The Global Merger Control Index 2013, Center for European Law and Economics, March 2013.

El exhaustivo trabajo de ESTEBAN GRECO, DIEGO PETRECOLLA, CARLOS A. ROMERO y EXEQUIEL ROMERO GÓMEZ “El control de fusiones y adquisiciones en la Argentina (1999-2012): indicadores de desempeño” confirma estas conclusiones y concluye: “El resultado más llamativo del análisis realizado se encuentra en la duración de los trámites de evaluación de F&A. El marco normativo fija un límite máximo de 45 días hábiles administrativos para la evaluación de una operación, cumplido el cual quedaría tácitamente autorizada. Sin embargo, la implementación de los procedimientos de evaluación y la evolución en la práctica de las suspensiones de los plazos o del momento en que se empiezan a computar han implicado que la duración promedio pase de 103 días corridos (3 meses) en el año 2000 a 594 (más de 1 año y medio) en 2012. Además el rango de variación se amplió, el desvío estándar fue 38 días en 2000 y de 247 en 2012. El caso de mayor duración en 2000 fue de 282 días (9 meses) en 2012 de 1111 (3 años)”¹⁷.

Además de la burocratización administrativa es claro que tal proceder está originado en la falta de autonomía del organismo de control. El duro editorial del diario *La Nación* del 12 de enero de 2014, expresa que “lo mismo cabe esperar de otras instituciones públicas que deben gozar de autonomía y que el kirchnerismo ha convertido en parte de un aparato de dominación y persecución faccioso. La Comisión Nacional de Valores, la Unidad de Investigación Financiera, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia** y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual están entre esas agencias que demandan una terapia republicana”¹⁸.

17 Publicado en legal.legis.com.e/document.legis el 18/03/2014.

18 *La Nación*, 12 de enero de 2014, pág. 30, Editoriales.

La burocracia creada en torno al análisis de las adquisiciones y fusiones que lleva a la aprobación de la casi totalidad de las operaciones (lo que torna dudosa su necesidad) debe ser desmontada sin perjuicio de establecer un sistema de control más eficiente y menos costoso que permita realmente seleccionar las operaciones que pueden ser potencialmente perjudiciales al interés económico general y aprobar sin cuestionamiento alguno y en plazos breves las demás concentraciones. Además, el mecanismo debería asegurar que los funcionarios y empleados del Tribunal de Defensa de la Competencia que debe ponerse en funcionamiento sin demora, concentren, entonces, su atención mayormente en el análisis, investigación y sanción de las conductas anticompetitivas que suelen ser prácticas muy extendidas en las economías latinoamericanas e incluso en algunos casos promovidas, ejecutadas o amparadas por las mismas autoridades o por empresas estatales.

3. LA NORMA VIGENTE

En 1999 se sancionó la Ley vigente 25.156, llamada de Defensa de la Competencia como su predecesora derogada la Ley 22.262. El estudio de todos los antecedentes normativos argentinos y sus fuentes puede hacerse en la clásica obra de Cabanellas¹⁹.

La Ley 25.156 modificó cuatro aspectos importantes de la Ley 22.262:

- a) incluyó el control de las concentraciones económicas que no existía en la actual Unión Europea al sancionarse la norma derogada basada en esa legislación;

19 CABANELLAS, GUILLERMO. "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", ed. Heliasta, tomo 1, págs. 88 a 111.

- b) creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y eliminó al secretario de Comercio como autoridad de aplicación de la ley;
- c) agregó algunos conceptos como “falsear” referido a la competencia e incluyó definiciones del abuso de posición de dominio;
- d) agregó algunas conductas en su art. 2° que la anterior Ley 22.262 incluía en el art. 41 como figuras agravadas; actualmente esa enumeración no exhaustiva carece de efectos jurídicos en tanto toda conducta violatoria debe configurar una violación al art. 1° para ser punible, quedando entonces solo como una enumeración ejemplificativa y sin una sanción agravada, como preveía la Ley 22.262.

También introdujo algunas reformas de naturaleza procesal, jurisdiccional y hasta cambios de redacción que no tienen mayor relevancia ni afectan la vigencia y eficacia de la norma. Algunos de ellos pueden ser resultado de la multiplicidad de redactores de la ley y luego el decreto de promulgación 1019/99 subsanó ciertos aspectos contradictorios y el decreto 396/2001 limitó las operaciones sujetas a control pues la redacción original del art. 8° prácticamente incluía por sus efectos sobre subsidiarias, sucursales y operaciones con efectos en la Argentina, *urbi et orbi* a casi todo el espectro empresarial mundial.

Cabanellas celebraba con acierto el cambio legislativo de la creación de un tribunal independiente y la eliminación del secretario de Comercio como la autoridad de aplicación de la ley. También aprobaba el procedimiento de elección y remoción de los miembros del tribunal²⁰.

20 *Ibidem* nota 17, págs. 106 y 108.

Nadie podría disentir con ese criterio legislativo y el elogio del autor. Irónicamente, luego de trece años de vigencia de la norma y ocho presidentes de la nación en ejercicio, nunca se constituyó el tribunal. Sobrevive la vieja CNDC con algunos cambios periódicos de funcionarios designados por decreto del Poder Ejecutivo sin concurso de antecedentes y oposición²¹.

El derogado sistema de la Ley 22.262 bajo el cual la CNDC dictamina y el secretario de Comercio Interior resuelve se mantiene vigente, con el agravante de que ese mismo funcionario aplica un régimen de control de precios basado en la Ley 20.680 del año 1974 que había sido suspendida por el decreto 2284/91 pero declarada vigente no solo en su art. 2° inc. c) sino también en su régimen sancionatorio y procesal por fallos de nuestros tribunales²².

En definitiva el cambio institucional más trascendente propuesto por la Ley 25.156 ha quedado sin vigencia y el poder que se quería limitar se ha acrecentado.

Otro efecto no querido es consecuencia del deterioro de la moneda argentina. En 1999 se previó un sistema que vinculaba el umbral para la notificación de las transacciones con el monto de la facturación neta de impuestos de las empresas afectadas. Como vimos el decreto 396/2001 corrigió algunos defectos de la norma que hacían imposible su aplicación y estableció el “piso” para las notificaciones cuando las empresas afectadas facturaban más de \$ 200.000.000, en ese momento equivalentes a US\$200.000.000. Actualmente, tomando el tipo de cambio (fijado por el Banco de

21 HÉCTOR MAIRAL, al referirse a la demora en constituir el Tribunal de Defensa de la Competencia dice “...dicha omisión ha servido de base a un tribunal federal para castigar no a los sucesivos ocupantes del Poder Ejecutivo que incurrieron en tal omisión, sino a los particulares que no resignaron a abstenerse, en el interin, de ejercer su derecho constitucional a disponer de su propiedad” (“Las raíces de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, ed. Rap S.A., 2007, pág. 62).

22 ARANOVICH, FERNANDO C. “Entre el control de precios y la defensa de la competencia”, *La Ley*, T 2006-E, 1023.

la Nación Argentina y sin considerar el tipo de cambio más real que es el aplicado para las transferencias que involucran bonos o acciones de empresas argentinas que se cotizan en bolsas extranjeras), equivale aproximadamente a solo US\$24.400.000.

Son tan exiguos dichos guarismos que cualquier operación quedaría sujeta a la norma.

Un país que ha quitado 13 ceros a su moneda y que desde 1946 vive con alta inflación, salvo breves intervalos, debe establecer un sistema por el que ese umbral no esté afectado por los efectos inflacionarios de la política fiscal y monetaria.

4. PROPUESTA REGULATORIA

La tendencia mundial hacia el control de las concentraciones económicas instrumentadas en fusiones y adquisiciones parece todavía irrefrenable. No puede anticiparse si este mecanismo presuntamente dirigido a corregir imperfecciones del mercado sobrevivirá el resto del siglo XXI. Hay muchos ejemplos de doctrinas económicas y regulaciones pasadas de moda, fracasadas, consideradas hoy erróneas y remplazadas por otros criterios que aparecen en los textos de historia económica.

Bien explica ROCKEFELLER²³ que “la fe en el antitrust está preservada por un culto de seguidores profesionales que se llaman a sí mismos la “comunidad antitrust”. Los miembros de esa comunidad no son proclives a ofrecer críticas a la aplicación de la política antitrust o a desarrollar propuestas constructivas para su reforma, excepto las relativas a los procedimientos o a la eliminación de excepciones estatutarias a las leyes antitrust. Paralelamente los congresos, publicaciones, cursos de posgrado, reuniones, etc. han desarrollado un mercado que hace imposible,

23 ROCKEFELLER, EDWIN S., *op. cit.*, pág. 15.

como propuso RICHARD POSNER en 1976²⁴ “derogar totalmente las leyes antitrust excepto el artículo 1° de la ley Sherman”. El objetivo puede, entonces, ser más modesto por el momento y cabe proponer en una reforma que devuelva la institucionalidad querida por la Ley 25.156 y reduzca el costo social de un sistema regulatorio excesivo.

4.1 LA FUTURA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

La feliz y elogiada iniciativa de constituir un tribunal especializado en la aplicación del derecho antitrust debería mantenerse en la próxima legislación y reforzarse mediante su implementación urgente luego de la sanción. Desde la sanción de la Ley 22.262 en 1980 y luego pese a la vigencia de la actual Ley 25.156 se ha mantenido el poder de decisión en la esfera del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Comercio. El Poder Judicial solo interviene por vía de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal Civil y Comercial²⁵.

En el año 2001 cuando regía un mercado libre para la fijación de precios de bienes y servicios el control de ellos bajo cualquier modalidad habría parecido una herejía económica; por ello el entonces secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor tomó nota de la irrelevancia de la función de la Secretaría e impulsó y obtuvo el dictado del decreto 89/2001 que le atribuyó el carácter de parte interesada en la defensa del interés público en los procedimientos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con amplias facultades procesales²⁶ e incluso poderes relativos a la elección de los miembros de dicho Tribunal (art. 19).

24 POSNER, RICHARD, “Antitrust Law”, University of Chicago Press, 1976, pág. 212.

25 Ley 25.156, art. 52; texto observado por el decreto 1019/2001.

26 Decreto 89/2001, art. 19.

En primer término, cabe cuestionar por qué es la Secretaría de Comercio quien debe intervenir en el análisis de las conductas anticompetitivas y de las concentraciones económicas cuando el interés público que debe protegerse no es solamente el de un consumidor de bienes o servicios sino que afecta otros mercados (industriales, financieros, turísticos, etc.). Atento ello sería salu- dable eliminar esa tradicional (y contradictoria por aplicación de las normas de control de precios por la misma Secretaría) depen- dencia decisoria y establecer la dependencia del Tribunal del pro- pio Poder Judicial de la Nación, uno de los tres poderes previstos en la Constitución Nacional²⁷.

En la actual norma 22.156 las decisiones del Tribunal (no constituido) son apelables ante la Cámara Nacional de Apelacio- nes en lo Civil y Comercial Federal como resultado de la obser- vación parcial de la Ley 25.156 al promulgarse por el decreto 1019/2001 y ese tribunal, con un crecimiento notorio en la ampli- tud y calidad de sus decisiones, ha mostrado idoneidad e indepen- dencia como alzada lo que sugiere la conveniencia de mantenerlo como la vía de apelación contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Otro aspecto importante es la integración del Tribunal. Dada la naturaleza esencialmente económica de las cuestiones que de- ben someterse a dicho Tribunal parece prudente que la mayoría de sus miembros sean especialistas en economía y, en lo posible, con posgrados orientados en la materia. La usual fórmula de refe- rirse a “profesionales en ciencias económicas” no parece la más adecuada pues ello permite incluir a los contadores públicos o los actuarios quienes, con todo respeto por sus incumbencias, no son los más idóneos para dilucidar estas cuestiones. Más aún, desde 1960 existen en la Argentina las licenciaturas en economía y mu- chos de los profesionales egresados con esos títulos han obtenido títulos de posgrado en la Argentina o en el exterior.

27 Constitución Nacional, arts. 108 y ss.

De allí que sea prudente integrar el Tribunal con dos licenciados en economía y un abogado, con una antigüedad en el ejercicio profesional no menor a los 5 años.

Una composición reducida del tribunal ayudaría también a evitar la excesiva burocratización de los procedimientos con votos que deben girarse a muchos miembros. Así, los tres vocales (economistas y abogado) como jueces del Tribunal con un secretario abogado que ordene los aspectos procesales parecen suficientes, además del personal auxiliar que coopere con el Tribunal.

Como una sugerencia si se quiere “cosmética” pero que marcaría definitivamente el corte del cordón umbilical que la materia ha tenido con la secretaría de Comercio será beneficioso el traslado físico del Tribunal a dependencias del Poder Judicial abandonando las instalaciones que tradicionalmente ha ocupado en el edificio que alberga a las Secretarías de Comercio y de Industria.

Por último también debe atenderse el interés público que desde el punto de vista macroeconómico o en el análisis del eficiente funcionamiento de cada mercado tiene el Poder Ejecutivo. En ese sentido la palabra del Ministerio de Economía que tradicionalmente engloba los asuntos relativos a la actividad macroeconómica pública y privada en la Argentina podría ser la voz que manifieste la política del Poder Ejecutivo, ya sea como denunciante de prácticas anticompetitivas o con opinión en ciertas concentraciones económicas cuando juzgue que estas merecen un análisis más profundo.

En los Estados Unidos de América ese papel lo desempeña el Departamento de Justicia sin perjuicio de la actividad de la *Federal Trade Commision*. Eventualmente se podría asignar la representación del estado ante el Tribunal al Ministerio de Justicia pero no parece tener experiencia ni personal calificado para esta tarea, por lo que la opción por el Ministerio de Economía surge como más adecuada.

Durante la gestión del ministro ROBERTO LAVAGNA la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía²⁸ era el organismo que dictaba las resoluciones en las materias sometidas a la CNDC (todavía en ese momento no constituido el Tribunal de Defensa de la Competencia) y en consecuencia una secretaria “generalista” como esta podría actuar dentro del Ministerio de Economía como la dependencia a cargo de representar el interés público.

4.2 LA SELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL. DURACIÓN DE SU MANDATO. REMOCIÓN

Los miembros del Poder Judicial en su selección, remoción y duración del mandato han tenido un tratamiento histórico en la Argentina modificado parcialmente con la reforma constitucional de 1994²⁹.

Los artículos 108 y 114 de la Constitución Nacional prevén el procedimiento para la selección de los jueces y dado que el Tribunal integrará el Poder Judicial parece recomendable aplicar el mismo procedimiento constitucional para su designación sin buscar un sistema propio que muy probablemente prevea mecanismos de mayor injerencia y control del Poder Ejecutivo. Los jueces del Tribunal deberían durar en su función mientras dure su buena conducta, su retribución deberá ser también intangible y su remoción debería seguir el mismo procedimiento constitucional establecido para los demás jueces, todo ello conforme a los artículos 110, 111, 115 y 53 de la Constitución Nacional.

Concursos transparentes, inamovilidad en la función, intangibilidad de la remuneración y atención del interés público a través del organismo público idóneo son las garantías más efectivas para

28 La Secretaría de Coordinación Técnica fue creada por el decreto 25/2003 y fundaba su intervención en la Ley 25.156 y el decreto 89/2001.

29 Constitución Nacional, arts. 110, 114 y 115.

la protección de los derechos individuales como lo demuestran Estados Unidos de América y la Unión Europea.

4.3 LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En el período 1981-1999 que rigió la Ley 22.262 no se aplicó el control de las concentraciones económicas y la CNDC limitó su análisis exclusivamente a las conductas anticompetitivas. Las denuncias no abundantes de los afectados poco afectos a esta actividad por tradición civilista local y algunas investigaciones de la Comisión dieron lugar a una jurisprudencia valiosa.

A partir de 1999 el énfasis de la CNDC se puso en el control de las concentraciones y el creciente dirigismo estatal en la primera década del siglo XXI que ha promovido o amparado acuerdos de precios y otras regulaciones de efectos claramente anticompetitivos, han licuado las investigaciones de conductas.

Dado el volumen pequeño de la economía argentina en comparación a las europeas, asiáticas y de los EE.UU., la limitada apertura externa de la economía local y un tradicional apego empresarial a adoptar, tolerar o silenciar los acuerdos anticompetitivos sería saludable enfatizar la investigación y sanción de esas prácticas, por supuesto en el marco de una política desregulatoria.

El esfuerzo investigativo del Tribunal se complementaría con los aportes informativos de otras áreas de la administración nacional (Banco Central, Comisión Nacional de Valores, Inspección General de Justicia, Unidad de Investigación Financiera, Instituto Nacional de Estadística y Censo, AFIP, etc.) que saneados en sus funciones pueden cooperar con eficiencia en las tareas de investigación y análisis de las conductas, máxime en la actual era digital en que casi toda la información necesaria está disponible y es muy rápidamente trasladable en ordenadores de gran capacidad sin necesidad de movilizar expedientes o cajas con documentación.

Una palabra sobre los llamados “*leniency programs*” a los que es más afecto el derecho estadounidense y se han puesto en práctica en la Unión Europea y en Brasil. Estos mecanismos se orientan a la incriminación de todos los supuestos participantes en una práctica anticompetitiva imputada o investigada para “beneficiar” con menores penas o con la eliminación de sanciones a aquellos partícipes que declaren contra los otros en primer término. Ha existido una tendencia de la CNDC para tratar de ponerlos en práctica en una propuesta de modificación legislativa³⁰ que no ha tenido recepción activa entre los legisladores. Es difícil que la tenga, a mi juicio, por dos razones: en primer lugar muchas de esas prácticas, acuerdos, barreras comerciales o de hecho son resultado de la acción o de la tolerancia de las propias autoridades y, en segundo término, en la tradición local la delación (o “*buchoneo*” en la jerga policial) no tiene una recepción cultural favorable en nuestro país.

Es posible insistir legislativamente en esta figura pero no parece tener una mayor relevancia máxime cuando la acumulación digital de datos permite mediante el cruce de informaciones llegar eficazmente a buen resultado una investigación.

4.4 LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece “las autoridades proveerán...a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales...”. Ese mandato constitucional debe ser cumplido por el Congreso Nacional y la experiencia acumulada con la aplicación de las Leyes 22.262 y 25.156 es antecedente imprescindible para una futura legislación que asegure más eficiencia y

30 Proyecto elaborado por la CNDC en 1999, sin tratamiento legislativo hasta la fecha.

transparencia en el funcionamiento de los mercados.

El debate en materia de concentraciones será el más arduo seguramente pues estarán en juego el poder de la autoridad de aplicación y la atención del interés público que deben balancearse con la debida protección de los derechos de los particulares y con el interés social en maximizar la eficiencia de los mercados para evitar las distorsiones y reducir el costo de esos controles que soportan los contribuyentes.

El cálculo estimativo hecho supra (ver *supra* punto 2) con más el presupuesto del organismo de control evidencian un guarismo elevadísimo para evitar el daño en pocos casos, incluyendo alguno en que las partes habían desistido previamente de la concentración³¹.

También es grave que la carga informativa, inclusive de datos disponibles en los organismos públicos o en forma digital, se impone a las empresas afectadas que deben presentar en papel y con disks amplísima información para aliviar la tarea de los reguladores.

Todo ello para que luego de meses de procedimientos, como hemos visto, solo se rechace el 1,24% de todas las concentraciones sometidas a control.

Un procedimiento alternativo podría limitar ese dispendio de recursos materiales y de actividad privada y administrativa. En este proyecto, cuando las ventas de las empresas afectadas superen en conjunto en la Argentina, netas de impuestos indirectos, el equivalente en moneda argentina según el tipo de cambio fijado para operaciones con bonos o acciones argentinas en un mercado extranjero (por ejemplo la plaza de New York) US\$300.000.000, deberían someter simultáneamente un formulario con la información hoy requerida en el llamado F1 que establecen las Re-

31 En la concentración de Correo Argentino y OCA las empresas anticiparon su notificación de que la operación no se concretaría y la Secretaría de Defensa de la Competencia emitió la Res. SDC 64/01 rechazándola.

soluciones 40/2001 y 164/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, tanto al Tribunal de Defensa de la Competencia como a una Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía.

El Ministerio de Economía a través de dicha Secretaría en un plazo de 15 días corridos estará facultado para solicitar al Tribunal que ordene a las empresas afectadas la presentación del llamado F2 con una información más amplia tal como prevén las resoluciones mencionadas *supra*, cuando fundadamente entienda que existen efectos anticompetitivos potenciales en la concentración propuesta.

Esta petición solo podría hacerse una vez y las empresas deberían hacer la presentación en un plazo no menor a 30 días corridos y, salvo que se hubiera omitido algún dato, no podrá solicitarse nueva información, información complementaria ni en ningún caso información que figure en las bases de datos de los organismos públicos.

El Tribunal deberá otorgar una nueva vista al Ministerio de Economía que en el plazo de 15 días improrrogables deberá fundadamente oponerse a la concentración o manifestar que con los datos aportados no tiene objeción a la propuesta.

En caso de objeción fundada el Tribunal deberá decidir previo procedimiento probatorio que garantice el debido proceso y la defensa en juicio; su decisión sería apelable por las empresas afectadas y, eventualmente, por el propio Ministerio de Economía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con efecto suspensivo.

En caso de no mediar objeción fundada del Ministerio de Economía, la concentración se tendrá automáticamente por aprobada y esa decisión tendrá valor de cosa juzgada salvo dolo en la provisión u omisión de datos en el F1 por las empresas afectadas.

Este mecanismo aceleraría los plazos con beneficios efectos económicos por las sinergias de la operación y el ahorro de costos para las empresas.

Atento a que según la información emanada de la propia CNDC más del 98% de las operaciones no habrían sido nunca objetadas, no tiene sentido someter al 100% de las concentraciones económicas a un análisis costoso y largo para luego solo cuestionar operaciones que representan el 1,24% del total.

Ante una eventual observación relativa a la fijación del umbral en una moneda extranjera cabe señalar que muchas normas incluyen tal referencia y que los balances de las empresas afectadas en la mayoría de los casos que involucran a entidades extranjeras están expresados en dólares, euros o monedas más sólidas que el peso argentino. Entre 1946 y la fecha la República Argentina ha cambiado muchos signos monetarios (peso moneda nacional, peso ley 18.188, austral, peso argentino y peso, además de períodos de convivencia con “*cuasimonedas*” provinciales) y la nación ha quitado 13 ceros al signo monetario.

4.5 ASPECTOS PROCESALES

En general las normas procesales no han conspirado contra el funcionamiento del sistema. Es posible, sin embargo, revisar cuál es el código procesal más conveniente para su aplicación supletoria por el Tribunal cuando la jurisdicción de alzada es un tribunal civil y comercial. Sujeto a un análisis más detallado y siendo una cuestión secundaria podría disponerse la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que es la norma que habitualmente aplica en sus procedimientos la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Adicionalmente parece acertado mantener la exclusión del régimen de procedimientos administrativos de la Ley 19.549 tal como han establecido las Leyes 22.262 y 25.156 sin necesidad siquiera de recurrir a esa norma para exigir la fundamentación en hechos y derecho aplicables pues las decisiones del Tribunal,

integrante del Poder Judicial, serán sentencias y no actos administrativos de dictamen para la resolución del secretario de Comercio, como sucede actualmente.

5. CONCLUSIONES

El derecho antitrust ha crecido vigorosamente y su aplicación en la Argentina está desnaturalizada. Las propuestas de RICHARD POSNER o de los economistas FRIEDRICH HAYEK y HENRI LEPAGE³² parecen todavía impracticables. No obstante algo debe hacerse para agilizar los procedimientos y favorecer las inversiones que maximicen la eficiencia de los mercados, eliminando controles burocráticos que no solo no agregan valor sino que imponen un costo social importante.

La aplicación de umbrales y *standards* adaptados de las legislaciones europea y norteamericana, limitando las jurisdicciones de control y agilizando los procedimientos son puntos de partida para el debate legislativo que seguramente será complejo por las diferentes opiniones involucradas.

El creciente criticismo que explica ROCKEFELLER³³ al sostener que lo que debe discutirse es si los funcionarios públicos pagados en Washington pueden tomar mejores decisiones sobre cómo deberían actuar los distribuidores de productos para oficina en West Virginia que las personas cuya capital está en juego en esa actividad o la reconocida opinión del profesor BORK sobre la decadencia intelectual del derecho antitrust sea como ley o como economía tanto por lo que fue originalmente concebido como una limitada intervención en los procesos libres y privados con el propósito de

32 HAYEK, FRIEDRICH. "Camino de servidumbre", ed. *Revista de Derecho Limitado*, Madrid 1946, pág. 50 y ss. LEPAGE, HENRI. "Mañana, el Capitalismo", Alianza Editorial, 1979, pág. 196 y ss.; 241 y ss.

33 ROCKEFELLER, EDWIN, *op. cit.*, pág. 19.

mantener esos procesos libres para preservar el sistema de libre mercado como por haber representado un símbolo de resistencia al colectivismo, estatismo, intervencionismo y finalmente contra las ideologías autoritarias³⁴ son demostraciones claras de preocupaciones doctrinarias que deben ser consideradas más allá de los intereses de los funcionarios y de la comunidad antitrust.

BORK sostiene que el derecho antitrust ha sido invadido por ideologías extrañas a su naturaleza y ello lo llevó a su crisis.

En el caso de nuestra legislación urge, como mínimo, reformar la ley para adaptarla a los cambios producidos en más de una década y definitivamente crear dentro del Poder Judicial un verdadero tribunal independiente del Poder Ejecutivo lo que será un saludable reaseguro institucional, y una protección de los derechos y garantías individuales, sin olvidar que deben abreviarse los plazos y simplificarse los procedimientos para beneficio de la sociedad tanto por reducción de costos como por el más rápido aprovechamiento de las sinergias que maximicen la eficiencia de los mercados.

BIBLIOGRAFÍA

Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado”, Germán Coloma, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2009

Ley 25156 - Defensa de la Competencia Comentada y Anotada”, Guillermo Cervio y Esteban P. Rópolo, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.

Global Forum for Competition and Trade Policy, Special Report: Policy Directions for Global Merger Review”, International Bar Association and The World Bank, p. 21

Aranovich, Fernando C. “Entre el control de precios y la defensa de la competencia”, La Ley, T 2006-E, 1023.

34 BORK, ROBERT. “The antitrust paradox”, The Free Press, 1993, pág. 418 y ss.

- Bork, Robert, "The antitrust paradox", The Free Press, 1993, p. 418 y sigs.
- Cabanellas, Guillermo, "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", ed. Heliasta, tomo 1
- Constitución Nacional
- Decreto 89/2001
- Fox, Eleanor M., "Can we control merger control?" Global Forum for Competition and Trade Policy, Special Report: Policy Directions for Global Review, International Bar Association and The World Bank, p.79/80
- Greenspan, Alan, "The age of turbulence", Penguin Press, New York, 2007
- Hayek, Friedrich, "Camino de Servidumbre", ed. Revista de Derecho Limitado, Madrid 1946, p. 50 y sigs.
- Hovenkamp, Herbert, "Economics and federal antitrust law", Hornbook Series Student edition
- Lepage, Henri, "Mañana, el Capitalismo", Alianza Editorial, 1979, p.196 y sigs.; 241 y sigs.
- Ley 25.156
- Posner, Richard, "Antitrust Law", University of Chicago Press, 1976, p. 212.
- Rockefeller, Edwin S., "The Antitrust Religion", Cato Institute, Washington DC, USA, 2007.
- Samuelson, Paul y Nordhaus, William D. "Curso de economía moderna", MacGrawHill , 1990
- The Global Merger Control Index 2013, Center for European Law and Economics, March 2013.
- The Merger Control Review", 2nd edition, editor Ilene Knable Gotts, Law Business Research, 2011, Chapter 1
- Urbiztondo, Santiago "La política actual de defensa de la competencia en la Argentina (primera parte)", Indicadores de Coyuntura N° 476, FIEL, mayo de 2007