

Voces: DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ TELECOMUNICACIONES ~ COMPRAVENTA DE ACCIONES ~ SOCIEDAD CONTROLANTE ~ DEFENSA EN JUICIO ~ FUNDAMENTO DE LA RESOLUCION ~ MONOPOLIO ~ COMPRAVENTA

Título: El caso "Telecom"

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 17/02/2010, 17/02/2010, 10 - LA LEY2010-A, 575

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A \(CNPenalEconomico\)\(SalaA\) CNPenal Económico, sala A ~ 2010-02-01 ~ Pirelli & CS.P.A. y otros](#)

Cita Online: AR/DOC/372/2010

Sumario: I. Exordio. II. El Decisorio. III. Reflexiones. IV. Otras Reflexiones. V. Conclusión.

I. Exordio

Motiva este comentario un fallo de la sala "A" de la Cámara de Apelaciones del fuero Penal Económico, (1) que dispuso la nulidad de una resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior de la Nación en el marco de la ley de defensa de la competencia 25.156 ("LDC"), por la que subordinaba la aprobación de una compraventa de acciones ocurrida en Italia a la "desinversión"(sic) por las sociedades (o sus controladas) que fueron adquirentes en aquel contrato, de sus tenencias accionarias y otros derechos en nuestro país.

En el año 2007 un grupo de sociedades extranjeras, entre las que se encuentra Telefónica S.A., (2) adquirió el paquete accionario de Telco S.p.A., controlante de Telecom Italia S.p.A. ("*Telecom Italia*"). Esta última sociedad posee el 32,5% del capital accionario de Sofora Telecomunicaciones S.A. que, a su vez, ostenta el 67,79% de Nortel Inversora S.A., la que por último, tiene el control de Telecom Argentina S.A. ("*Telecom Argentina*"), al contar con el 57,74% de su capital accionario. Sabrá disculpar el lector el intríngulis societario. En definitiva, a partir de una compraventa accionaria en el exterior, una sociedad del grupo Telefónica de España (uno de los principales actores del mercado de telecomunicaciones local) devino en accionista de una sociedad extranjera que indirectamente tiene participación accionaria en Telecom Argentina (otro de los actores clave en el mercado de telecomunicaciones de nuestro país).

Cabe remarcar que la autoridad de aplicación de la LDC tendría que ser el Tribunal de Defensa de la Competencia, organismo autárquico que debería cumplir sus funciones en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. El condicional en los verbos obedece a que desde su dictado en el año 1999 ese tribunal nunca fue instaurado. Transitoriamente y hasta su conformación, (3) la autoridad de aplicación de la LDC continuó siendo aquella de la abrogada ley 22.262, es decir, el Secretario de Defensa de la Competencia en los primeros años y desde el 2006 el Secretario de Comercio Interior, (4) bajo cuyo ejido cumple sus funciones la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC"), como una dependencia administrativa con especialidad en la materia. Como tantas cuestiones en nuestro país, lo transitorio se hizo permanente, y el Secretario de Comercio Interior se erigió en autoridad suprema de la aplicación de la LDC, junto con otras tantas nebulosas atribuciones.

Por el juego armónico de los artículos 6º, 7º y 8º de la LDC se deben notificar a su autoridad de aplicación —previamente o dentro de una semana de ocurrido el acuerdo— aquellas concentraciones económicas resultantes de una adquisición de acciones, capital o títulos de deuda de una empresa que otorguen al adquirente "el control de" o una "influencia sustancial sobre la misma". La CNDC no habría sido notificada de la compraventa accionaria ocurrida en la península itálica. Luego de tomar conocimiento informalmente a través de publicaciones periodísticas y de dictar algunas medidas preliminares, ésta entendió que la notificación debió haber ocurrido, por lo que ordenó que se cumpla con lo que se conoce como Formulario F 1, documento que tiene por fin iniciar el proceso de notificación estipulado en el artículo 8º de la Ley. (5) Entre otras medidas, el 25 de Agosto de 2009 emite el Dictamen N° 744 en el que recomienda al Secretario de Comercio imponga como condición precedente para autorizar la compraventa accionaria en nuestro país, la desinversión de las tenencias accionarias y otros derechos de Telecom Italia en Argentina. Nada dispone acerca de Telco S.p.A., ni de sus accionistas, actores elementales de la operación de compraventa. Tampoco respecto del grupo Telefónica en Argentina. El Secretario de Comercio hace propio el Consejo y dicta la Resolución 483/09 (la "*Resolución*"). Cuestionando esa norma es que interponen recurso las sociedades accionistas de Telco S.p.A.

II. El Decisorio

Con voto dividido, el tribunal resuelve: 1) anular la Resolución 483/09 dictada por el Secretario de Comercio y, por medio de quién corresponda, que se dicte un nuevo pronunciamiento previa sustanciación de un proceso en el que participen los apelantes, (6) y 2) se curse comunicación —a través de quién sea menester— al Poder Ejecutivo Nacional para que proceda a integrar el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para fundar tan contundente sentencia, los magistrados que suscriben el voto mayoritario arguyeron que la Resolución es pasible de nulidad por estar preñada de arbitrariedad, discrecionalidad y ligereza. Violenta el derecho de defensa en juicio porque impone una condición gravosa con un claro sentido sancionatorio a quienes no formaron parte del proceso, y por lo tanto no tuvieron la oportunidad de defenderse, principio elemental y basilar de cualquier procedimiento, sea cual fuere su carácter.

Varios pasajes son lapidarios. "*Pone de manifiesto una discrecionalidad poco menos que absoluta*" sostiene la Cámara, que se haga cargar con las consecuencias de las objeciones de la operación a quienes no fueron parte del negocio. "*Pone de manifiesto una ligereza verdaderamente inconcebible*" continúa expresando el tribunal, que no se haya notificado adecuadamente (como si una desinversión del calibre de la impuesta fuere algo económicamente menor, cosa de todos los días) a la sociedad argentina que no participó en el procedimiento y sin embargo debía cargar en sus espaldas el peso de la condición (sanción ¿?). Remata sosteniendo que el remedio de la nulidad "*frente a las graves falencias de la resolución recurrida, resulta el más apropiado en tanto deja abierta la posibilidad de que las delicadas cuestiones concernientes a la afectación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones sean tratadas nuevamente con la seriedad que un asunto de esa envergadura requiere.*"

En cuanto a la conformación del Tribunal de Defensa de la Competencia, citando los debates parlamentarios de la Ley y la doctrina más autorizada en la materia, (7) afirma que es inconcebible y escandaloso que a más de diez años de dictada la Ley, la autoridad de aplicación no se haya conformado. El propósito de la creación del tribunal fue justamente establecer un ente autárquico que permitiese la aplicación de esta norma tan desvalorizada y desatendida hasta ese entonces por los funcionarios responsables bajo la vigencia de la vieja ley 22.262 (i.e. Secretaría de Comercio y CNDC) (Adla, XL-C, 2521), fruto de la ignorancia o por motivos ideológicos. (8) Obedeciendo al viejo adagio colonial "la ley se acata pero no se cumple", la nueva ley de defensa de la competencia continuó (y continúa) siendo aplicada por el tándem Secretario de Comercio/CNDC, haciendo caso omiso de uno de los principales motivos perseguidos por la nueva norma que, insistimos, era justamente dejar su aplicación en manos de un tribunal autárquico. La diferencia es que en estos últimos cuatro años, no fue la inacción la responsable de un mal uso de esta norma, (9) sino su aplicación con fines mayormente políticos y no técnicos.

III. Reflexiones

El fallo bajo análisis plantea un enigma. Dispone la anulación de la Resolución, que se sustancie un nuevo procedimiento y se dicte un nuevo pronunciamiento por intermedio de quién corresponda —relevando de actuar al funcionario causante del vicio (i.e. el Secretario de Comercio)—, y se propenda a la conformación del Tribunal de Defensa de la Competencia. ¿Quién debe entonces sustanciar el nuevo procedimiento? ¿El Ministro de Economía y Finanzas en su calidad de autoridad superior al Secretario de Comercio, relevado ahora de sus funciones, o se debe esperar a que el Poder Ejecutivo Nacional conforme el Tribunal de Defensa de la Competencia?

El fallo cuestiona severamente el hecho de que la autoridad de aplicación ni siquiera se haya dignado notificar directamente a las empresas extranjeras, impidiéndoles así ejercer su derecho de defensa en juicio frente a una decisión tan drástica como la de desinvertir sus activos en el país, la que tiene un cariz sancionatorio innegable. El voto mayoritario va más lejos aún, y aclara que independientemente de que la orden de desprenderse de los activos sea o no reputada como una pena propiamente dicha, resulta indispensable que se notifique a los interesados directos, a fin de darles la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Nada expresó al tribunal acerca del fondo de la cuestión, que permanece sin resolver. En definitiva, si la compraventa accionaria acontecida en Italia, cinco eslabones para arriba en la cadena societaria conforma una operación económica cuyo efecto "*sea o pueda disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general.*" El Dictamen N° 744 de la CNDC lleva adelante un estudio pormenorizado del impacto restrictivo de la competencia que tendría lugar de existir esa concentración. En sentido parecido se expresó (requerida su opinión en base al artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia) la Secretaría de Comunicaciones. (10) Sin perjuicio del nuevo procedimiento que se lleve adelante y del derecho de defensa del que deben gozar los apelantes, pareciera que la respuesta es positiva, y que fundamentos como "murallas chinas" y otro tipo de destrezas argumentativas no serían de gran valor.

El fallo comentado constituye un valioso aporte jurisprudencial no tanto por la riqueza técnica de los aspectos planteados sino más bien porque a través del mismo se fija un claro límite a una forma de resolver las cuestiones jurídicas reestableciendo así el derecho elemental a ser oído y a plantear las defensas correspondientes, frente a una cuestión tan seria como la de tener que desprenderse de un negocio por aparentes incompatibilidades con las normas que rigen la competencia.

IV. Otras Reflexiones

Uno de los aspectos medulares y más loables del fallo en estudio es el respeto al derecho que impone, particularmente en lo que atañe a las formas. La seguridad jurídica es el respeto inquebrantable a la ley, que hace un país serio (de serie, es decir, conducta repetida y predecible). No se trata de una mera declamación de principios: tiene efectos prácticos, que se traducen en inversión económica, en empleo y con ello, en beneficio para la economía toda. Basta con comparar nuestros índices económicos (reales) con los de Brasil, Chile o Colombia. (11)

Este fallo es un límite, impuesto por un poder de la República, que parece desperezarse de a poco luego de un largo letargo, en el que el ruido de las urgencias impedía escuchar la voz de la ley. (12) Ordena e indica algo

tan básico pero no por ello menos importante: la ley se acata y se cumple, ello vale tanto para gobernantes como para gobernados.

A pesar de su larga data, las leyes de defensa de la competencia en nuestro país fueron tradicionalmente una idea vaporosa, una vaga expresión de deseos. (13) Muy lejos de la *Sherman Act* y la *Clayton Act* en los Estados Unidos o de las normas antimonopólicas de la Unión Europea. (14) Consecuencia de un capitalismo acostumbrado al calor del Estado desde los tiempos de la colonia, parte de nuestra sociedad (empresarios y Estado, en perjuicio de los consumidores) se ha acostumbrado a funcionar sin competir. Las incapacidades suelen cargarse a terceros, sea por el *dumping*, sea por los costos laborales más bajos o las excusas de moda en boga. Lo cierto es que históricamente la competencia económica ha sido para los argentinos un concepto peregrino. (15) El dictado de la Ley intentó enderezar la situación, introduciendo algunos cambios conceptuales pero lo más importante quizás, estipulando que la autoridad de aplicación debía ser un tribunal con carácter autárquico formado por miembros idóneos. Transcurridos más de diez años el Tribunal en cuestión sigue sin conformarse.

Sin duda que a cualquier situación que atente o restrinja la competencia se le debe aplicar todo el peso de la ley, sin miramientos. Ello no quiere decir, sin embargo, que no se respeten las formas, que atropelladamente se dicte una disposición con gravosas consecuencias económicas y plazos urgentes, sin respetar el principio de defensa en juicio. Ya enseñaba González refiriéndose al artículo 18 de nuestra Carta Magna que "recordando los períodos tristísimos de la desorganización nacional, en que legislaturas y jueces hubo que perdieron toda idea de la ley y de la justicia para obedecer o complacerá un tirano o a un jefe militar, debemos bendecir la obra de los Constituyentes que pusieron límites precisos a los poderes del gobierno". (16) En esa línea, el más Alto Tribunal tiene dicho que la garantía de la defensa en juicio implica que las partes deben estar notificadas de todas las etapas del proceso y tienen derecho a ser oídas. (17) No se puede juzgar, imponer sanciones a partir de preconceptos o por conveniencias políticas o económicas del poder de turno. La ley y los procedimientos no son ornamentos absurdos, y tienen que respetarse.

La cuestión debería resolverse estrictamente con apego a las normas que rigen la materia, propendiendo a que no haya un efecto restrictivo distorsionador de la competencia, todo lo cual requiere de un análisis técnico enjundioso y objetivo, en el que se prescindiera de la prepotencia y las presiones tendientes a torcer voluntades.

Si técnica y jurídicamente se demostrara que la participación de Telefónica S.A. en Telco S.p.A. vulnera la Ley de Defensa de la Competencia, resulta lógico y justo que se haga cesar dicha situación, pero en ese proceso es fundamental que se preserve el derecho constitucional a ensayar una defensa, a ser oído y ofrecer la prueba correspondiente.

El fallo comentado es elogiado en ese sentido, ya que —sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo— pone un claro valladar a la obcecada ignorancia de las normas y los derechos de las partes intervinientes, sentando así un precedente auspicioso para los inversores locales y extranjeros, quienes gozan así del consuelo de que no todo se encuentra permitido, y que aún hay reductos en los que se puede hacer valer los derechos constitucionales.

V. Conclusión

Es un mensaje alentador, que nos recuerda que el ordenamiento jurídico no es un abstracto embeleo sino la base que debe regir gobernantes y gobernados.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Incidente de Apelación S.A. y otros contra Resolución SCI 483/2009 (en autos principales "Pirelli & CS.P.A. y otros s/notificación art. 8 Ley 25.156").

(2) Las otras sociedades son Assicurazioni Generali S.p.A., Intensa Sanpaolo S.p.A., Sintonia S.A. y Mediobanca S.p.A.

(3) En virtud de lo previsto por el artículo 58 de la LDC.

(4) El entramado normativo de designaciones, renunciaciones y nuevas designaciones del Secretario de Comercio desde 2006 abarca cuatro decretos 925/2006 (21/07/2006), 1938/2007 (07/12/2007), 82/2007 (13/12/2007) y 2113/2008 (11/12/2008).

(5) Ver "Guía para la notificación de operaciones de concentración económica", en Anexo I del decreto 40/2001, con sus modificaciones.

(6) El artículo 167 del Código Procesal Penal, aplicable en virtud del artículo 56 de la ley de defensa de la competencia, estipula que "se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes: ... 3) A la intervención de, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece."

(7) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Heliasta, 2005, pp. 103 y 106.

(8) *Idem*, p. 103.

(9) CABANELLAS, *ob. cit.*, t. 2, p. 344, donde expresa que la inacción obedecía a "virginidad intelectual respecto del tema defensa de la competencia, escepticismo total sobre la utilidad de esta rama judicial, razones ideológicas, temor a lesionar intereses políticamente importantes, etcétera."

(10) "De lo que se lleva expuesto se desprende que la Operación en examen resulta violatoria del marco regulatorio aplicable, por cuanto quién es Operador de Telefónica de Argentina S.A. (Telefónica de España) integra a su vez una sociedad (Telco) que es la accionista de referencia y ejerce influencia significativa en Telecom Italia, siendo esta última controlante y Operador de Telecom Argentina..." Ver punto 244 del Dictamen N° 244 de la CNDC.

(11) Genera sana envidia leer la nota que se publicó en el ejemplar de *The Economist* de fecha 30 de Enero de 2010, en el que se da cuenta de la aceptación de Chile como país miembro de la OECD (lo que la ubica en el status de país desarrollado), y en el que se resta trascendencia al reciente cambio de gobierno —de la concentración de centroizquierda que gobernó durante los últimos 20 años a un líder de derecha— debido a las políticas de estado implementadas por dicho país.

(12) La frase del cónsul romano C Mario fue "En el ruido de las armas no se puede oír la voz de la ley." M.T. CICERO. *De off. III.* 21., citado por MEHESZ, *ob. cit.*, p. 265.

(13) Ver Leyes 11.210, 12.906 y 22.262.

(14) La Sherman Act data de 1890 y la Clayton Act de 1914. Para un análisis profundo del derecho antimonopólico norteamericano ver ROSS, F. Stephen, *Principles of Antitrust Law*, Foundation Press, 1993, y de la Unión Europea ver BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1978.

(15) SARAIVIA FRIAS, Bernardo, "Concentración Empresarial y defensa de la competencia en el Mercosur", *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, Abeledo Perrot, 1999, p. 131.

(16) GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* (actualizado por Humberto Quiroga Lavie), La Ley, 2001, p. 156.

(17) Fallos 307:1487.