



105 AÑOS  
1913-2018

Defendiendo la Justicia  
la Etica y la Libertad

**Revista del**

**Colegio de Abogados  
de la Ciudad de Buenos Aires**

**Tomo 78 N°2. Diciembre de 2018**

**INDICE:**

**REFLEXIONES**

*Nota de Director*

**REFLEXIONES SOBRE LA LEY DEL ARREPENTIDO**

*por Juan del Sel*

**LA CAUSA LARRABURE**

*por Javier Vigo Leguizamón*

**LAS REFORMAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE:  
LA NUEVA LEY Y LOS PROYECTOS DE LEY**

*por Francisco Amallo*

**ANTITRUST DÉJÀ VU: EL CONTROL PREVIO DE FUSIONES Y  
ADQUISICIONES Y LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN INDEPENDIENTE**

*por Luis D. Barry*

**AJUSTE POR INFLACIÓN**

*por Maximiliano Batista*

**DECLARACIONES PÚBLICAS**

## *Antitrust Déjà vu: El control previo de fusiones y adquisiciones y la autoridad de aplicación independiente*

Por Luis D. Barry

### *¿Por qué no es una discusión superada?*

Los que llevamos algunas décadas de vida en nuestra querida Argentina notamos como la historia parece repetirse una y otra vez.

Llama la atención muchas veces como nuestra evolución social y cultural parece muchas veces interrumpida con regresos al pasado. Pequeños y cortos avances se ven truncados por fuertes retrocesos.

De hecho la reciente crisis ha despertado expresiones un poco desesperantes que evocan este repetir una y otra vez de situaciones que creemos superadas y que luego la realidad nos muestra otra cosa.<sup>67</sup>

Lo curioso del caso es que éste repetir constante ocurre con una patología muy particular: la falta de memoria. Esa falta de memoria no es solo de largo plazo, sino de muy corto plazo y nos hace repetir una y otra vez los mismos errores.

En efecto, este desmemoriado repetir de la historia muchas veces se da tanto cuando creemos que ya salimos mágicamente de nuestros problemas, asumiendo puerilmente que somos un país del primer mundo, como cuando caemos en las crisis recurrentes donde también la desesperación nos enceguece y recurrimos a pseudosoluciones ya probadas y erróneas.

Sinceramente pensé por un momento que defensa de la competencia podría ser la excepción, pero vemos que no es así.

Cuando se dictó la Ley 25.156 se pensó que teníamos un sistema de control previo de fusiones y adquisiciones. La redacción de la norma terminó siendo confusa, pero su reglamentación y la realidad confirmó que pasamos a tener un sistema de control ex post de los más curiosos del mundo.

Es así que en un mix de control previo (en tanto las operaciones quedan sujetas en sus efectos a la aprobación de la autoridad) y su notificación post closing llevó a que consideráramos “normal” que una operación sin complicaciones técnicas demandara un par de años (siendo benévolos) para su aprobación en comparación con los 15 días que tienen otros regímenes en el mundo. Ello al extremo de contar con casos donde la aprobación, también de operaciones sencillas, llegó a demorar ocho años.

---

<sup>67</sup> <https://www.lanacion.com.ar/2142391-un-pais-que-vive-en-el-dia-de-la-marmota>

### *¿Control previo en jaque?*

Como anticipé, cuando se discutió cerrada y abiertamente la redacción de la Ley 27.442, mi postura fue contraria al control previo de fusiones y adquisiciones.<sup>68</sup>

En ese momento propuse en bastante soledad y ante la mirada absorta de reguladores internacionales que venían a explicarnos las bondades<sup>69</sup> y necesidades del control previo, que nuestro sistema no estaba aún maduro para ese paso.

Si bien es claramente evidente que el sistema de control de fusiones y adquisiciones cumple con su lógica si es llevado a cabo antes de que se concreten las operaciones de concentración económica, debo destacar que lo obvio no es necesariamente así en nuestras latitudes.

Pongo un poco de contexto para explicarlo.

Veníamos de más de una década de carencias absolutas en esta materia y tantas otras. La autoridad de aplicación era un brazo político más muchas veces alejado del rigor técnico. El análisis de las operaciones de concentración duraba años. Los umbrales para determinar si una operación debía notificarse no se actualizaban desde el año 1999 o 2001. Los casos de rechazo o condicionamientos eran muy escasos. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estaba abarrotada de expedientes. A todo ello se sumaba que nuestro país buscaba una inyección de inversiones urgentes.

Este cocktail me llevó a considerar que era mejor primero ordenar la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, demostrar que era posible aprobar las operaciones en pocas semanas, y crear una jurisprudencia creíble y sólida desde el punto de vista técnico.

Luego de cumplido ello y habiendo alcanzado cierto grado de crecimiento sostenido y solidez institucional estaríamos en condiciones de demostrar cierta seriedad y dar el paso siguiente mediante la incorporación de un régimen de control previo.

Ahora nos quedamos a mitad de camino, con toda la inseguridad jurídica que ello conlleva, por no decir lo grotesca que termina siendo nuestra situación actual.

En efecto, la Ley 27.442 incorporó el control previo, pero sujeto a la constitución de una nueva autoridad de aplicación.

---

<sup>68</sup> Conviene nuevamente destacar el enorme compromiso democrático y grandeza intelectual de quienes facilitaron que conozcamos y podamos discutir de antemano el proyecto de ley de defensa de la competencia. Quienes lo hicieron no solo fueron revolucionarios (dado que las experiencias anteriores fueron muy distintas al haber sido hechas en secreto y a espaldas de la comunidad de especialistas) sino que se expusieron a la crítica, muchas veces exagerada, de quienes opinamos sobre el primigenio proyecto. Claramente ese proceso fue muy positivo y entraña una enorme transparencia y ganas de hacer las cosas bien.

<sup>69</sup> Bondades que claramente no necesitábamos que nos explicaran.

En ese contexto no resulta conveniente para los que piensan de ese modo quitarle el carácter de autoridad de aplicación a la Secretaría de Comercio y cumplir con lo que dice la Ley: constituir una autoridad desligada de la política.

Todo esto también se tiñe de otro error: considerar que defensa de la competencia sirve para controlar precios. Ese no es el objetivo de este tipo de normas. Su bien jurídico protegido es el interés económico general.

Obviamente proteger el interés económico general redundaría en mejores precios, pero como consecuencia de un proceso competitivo, y no de un proceso de control de precios o de presiones.

Por lo cual, para que se constituya la autoridad de aplicación tienen que ocurrir alguna o todas las siguientes circunstancias:

- Salir de la crisis, lo cual nunca es inmediato.
- 
- Entender que defensa de la competencia no es una herramienta para control de precios, circunstancia que tampoco es mágica sino que se necesita creer en la herramienta jurídica, convencerse de sus bondades e implementarla acompañado de una sostenida abogacía en defensa de la competencia.
- 
- Aceptar que defensa de la competencia no fue creada para presionar a las empresas, sino que es una herramienta que propone un mayor bienestar, propende la innovación y premia a quien compete de manera eficiente y leal.
- 
- Convencerse, tal como lo estuvieron los redactores de la Ley 27.442, que tendremos defensa de la competencia en serio cuando se desligue del poder político de turno. Esto es, en un país como el nuestro es necesario que la política de turno no fije el rigor técnico que debe tener esta materia, sino que se maneje con absoluta independencia, tal como veremos en el capítulo que sigue.
- 

Como vemos el desafío no es menor, pero como indicaré en el capítulo final, no son todas malas noticias, sino que podemos estar enfrentando una fuerte tormenta que si el timonel así lo quiere de verdad nos puede llevar a un puerto seguro.

### *¿Es necesaria la independencia de la autoridad de aplicación?*

La Argentina pendular y olvidadiza, como indiqué en el capítulo inicial, no estuvo ajena en el debate entre especialistas para determinar si era necesario o no tener una autoridad independiente.

En efecto, y para comprender este punto vale la pena hacer nuevamente un rápido recorrido de lo ocurrido en los últimos años.

Era hora de evolucionar, aprender del pasado y realizar un cambio que pusiera a defensa de la competencia a la altura de la manda constitucional<sup>73</sup> y de las exigencias de la propia Ley.

Eso sólo era posible brindando a la autoridad de aplicación de la suficiente capacidad técnica e independencia administrativa que finalmente la Ley 27.442 consagró con la creación de la nueva autoridad de aplicación.

Pero eso no es todo. No se trata de ver la conveniencia, sino también de cumplir con la Constitución Nacional.

En este caso, la coincidencia entre conveniencia y régimen normativo es total dado que no se trata de cumplir solo con lo que dice la ley, sino con lo que impone la Constitución Nacional.

En efecto, nuestro régimen constitucional no tolera una autoridad jurisdiccional administrativa tal como la que actualmente nos rige.

No puede desconocerse que nuestra Carta Magna dispone en su artículo 109 que el poder ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales y que por su parte el artículo 116 de la Constitución Nacional otorga la facultad jurisdiccional de manera exclusiva al Poder Judicial.

No obstante, en un ya lejano giro inconstitucional se reconoció judicialmente la capacidad jurisdiccional al poder que claramente lo tenía vedado.

Pero para ello, la Corte impuso una serie de condiciones que vale la pena recordar.

Es más, desde "Fernández Arias con Poggio",<sup>74</sup> la doctrina nacional sostiene pacíficamente que la atribución de competencia a entidades insertas en los cuadros de la administración que realizan actividades jurisdiccionales exige que el ente sea creado por ley, que sus autoridades sean independientes e imparciales, que el objetivo de su creación por el legislador haya sido razonable y que sus decisiones estén sujetas a un control judicial amplio.

Más recientemente se encuentran los fallos "Litoral Gas" y "Ángel Estrada y Cía.". En este último, del 5 de abril de 2005, la CSJN sostuvo además que: "(...) *No cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos*

---

<sup>73</sup> Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

<sup>74</sup> CSJN, 19/09/1960, "Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José (Suc)" Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002, 209, con nota de Andrea F. Prodan.