

Suprema Corte:

—I—

Entre abril y octubre de 2007 se negoció y suscribió un acuerdo por el cual las sociedades europeas Telefónica SA, Assicurazioni Generali SpA, Sintonia SA, Intesa San Paolo SpA y Mediobanca SpA constituyeron la sociedad Telco SpA, de la cual pasaron a ser accionistas en las siguientes proporciones: Telefónica SA adquirió el 42,3 por ciento del capital accionario; Assicurazioni Generali SpA, el 28 por ciento; Sintonia SA, el 8,4 por ciento; Intesa San Paolo SpA, el 10,6 por ciento; y Mediobanca SpA, el 10,6 por ciento.

A través de Telco SpA adquirieron cerca del 24 por ciento de las acciones con derecho a voto de Telecom Italia SpA. Más específicamente, Telco SpA le compró a Pirelli & C. SpA, Sintonia SA y Sintonia SpA la totalidad de las acciones de la sociedad Olimpia SpA y de ese modo adquirió el 17,9 por ciento del capital accionario de Telecom Italia SpA. El 5,6 por ciento restante fue aportado a Telco SpA por Assicurazioni Generali SpA y Mediobanca SpA.

La noticia de esta operación —identificada en estas actuaciones como “Operación Telco”— apareció en la prensa argentina a comienzos de mayo de 2007. La noticia dio lugar a una investigación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) dado que esa operación implicaba que Telefónica SA —empresa controlante de uno de los dos actores dominantes del mercado de telecomunicaciones de la Argentina, Telefónica de Argentina SA— adquiriera acciones de una empresa controlante del otro de los actores dominantes de ese mercado —Telecom Argentina SA, de la que Telecom Italia es, indirectamente, uno de

los accionistas principales—. Esa investigación tuvo por objeto determinar si la operación descripta configuraba una concentración económica de las que exigen el control previo de la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156).

Tras esa actuación —registrada como Diligencia Preliminar n° 29 en el expediente S01-0147971/2007—, la CNDC entendió que Telco SpA había sido constituida con el propósito de controlar Telecom Italia y que Telefónica SA tenía influencia sustancial sobre Telco SpA, en los términos del artículo 6, inciso c, de la ley 25.156. Por ello, y dado el volumen de negocios de las empresas afectadas en el país (Telecom Argentina y Telefónica de Argentina), el organismo concluyó que la operación debió haber sido notificada y sometida al procedimiento de control previo de acuerdo con las normas previstas en el capítulo III de la ley 25.156. En consecuencia, el organismo dictó la resolución 4/09, el 9 de enero de 2009, por la que ordenó a las empresas involucradas en la “Operación Telco” a “que procedan a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8 de la ley n° 25.156, bajo apercibimiento de ley, y sin perjuicio de aplicar el artículo 9° del mismo cuerpo legal, por el tiempo transcurrido desde la efectiva concreción de la operación indicada hasta la fecha en que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8° conforme lo establecido en la presente resolución” (CNDC, resolución n° 4/09, artículo 1, fs. 191/265, expediente n° 61.183 —al que me referiré de aquí en más, salvo aclaración en contrario—, folio n° 012 del registro de la sala interviniente).

Entre el 15 de enero y el 9 de marzo de 2009, las seis empresas involucradas en la “Operación Telco” (Telefónica SA, Assicurazioni Generali SpA, Mediobanca SpA, Intesa San Paolo SpA, Sintonia SA y Pirelli SpA) notificaron

la transacción. A raíz de ello, se inició un proceso de evaluación que culminó, tras varias incidencias, en la autorización de la operación, aunque subordinada al cumplimiento de ciertas condiciones en los términos del artículo 13, inciso *b*, de la citada ley (cf. CNDC, dictamen n° 835, del 12 de octubre de 2010; y resolución n° 148/2010 de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del 13 de octubre de 2010, fs. 80/360 vta., expediente n° 61.925, folio 74 del registro de la cámara).

Las presentes actuaciones versan sobre una de esas incidencias: la imposición de multas por la omisión de notificar en tiempo y forma la “Operación Telco” a la autoridad de aplicación de la ley 25.156. En efecto, mediante la resolución n° 2/2010, el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, haciendo propias las consideraciones del dictamen de la CNDC n° 775/2010, concluyó que las seis empresas involucradas en la “Operación Telco” habían incumplido su deber de notificar la operación dentro del plazo legalmente previsto (fs. 152/180 vta.). Apuntó que las empresas notificaron la operación más de un año después y tras haber sido intimadas a hacerlo por la CNDC. Por ello, en aplicación de los artículos 9 y 46, inciso *d*, de la Ley 25.156, el Secretario de Comercio Interior les impuso las siguientes multas: Telefónica SA, \$ 104.692.500; Assicurazioni Generali SpA, \$ 43.414.500; Intesa San Paolo SpA, \$ 17.649.000; Mediobanca SpA, \$ 17.437.000; Sintonia SA, \$ 17.264.000; y Pirelli SpA, \$ 35.520.000 (cf. Secretaría de Comercio Interior, resolución 2/2010, artículo 1, fs. 152/155).

–II–

Las empresas mencionadas apelaron esa decisión y, ante ello, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico con-

firmó la medida en cuanto imponía una multa a Telefónica SA —aunque redujo su monto— y la revocó en cuanto sancionaba a las restantes empresas involucradas en la “Operación Telco” (fs. 2740-2743 vta.).

Al respecto, la cámara concluyó que la “Operación Telco” debió haber sido informada porque produjo un cambio de control en Telecom Italia SpA, permitiendo la injerencia de Telefónica SA. El tribunal ponderó la participación accionaria de Telefónica SA en Telco SpA, el hecho de que es la única accionista de Telco SpA dedicada al negocio de las telecomunicaciones y las restricciones contractuales tendientes a controlar el ingreso de otros accionistas de esa naturaleza. A partir de esas circunstancias, concluyó que, a través de la “Operación Telco”, Telefónica SA adquirió influencia sustancial, en los términos del artículo 6 de la ley 25.156, sobre Telco SpA, y pasó a controlar Telecom Italia e, indirectamente, Telecom Argentina SA.

Sin embargo, la cámara hizo lugar a la defensa de error excusable opuesta por las sociedades constituidas en el extranjero, a excepción de Telefónica SA. Consideró que esas empresas, que celebraron una transacción financiera o bursátil desvinculada de la actividad de las telecomunicaciones, pudieron verosímilmente haber incurrido en un error respecto de los recaudos impuestos por la autoridad argentina concernientes a la competencia en el mercado de esa actividad. A su vez, con relación a la empresa Mediobanca SpA, el *a quo* estimó procedente la exención del artículo 10, inciso c, de la ley 25.156.

Por último, el tribunal redujo el monto de la multa aplicada a Telefónica SA, considerando especialmente que era excesiva la ponderación de la CNDC sobre la extensión del incumplimiento del deber de notificar. Teniendo en

cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado y el tamaño del mercado afectado, sostuvo que el monto de \$ 104.692.500 era excesivo y lo redujo a la suma de \$ 50.000.000.

–III–

Contra la sentencia de la cámara, Telefónica SA y el Estado Nacional interpusieron sendos recursos extraordinarios federales (fs. 1/21 vta. y 31/51, respectivamente).

Por un lado, Telefónica SA impugna la decisión alegando que el *a quo* interpretó erróneamente los artículos 6, inciso c, y 8 de la ley 25.156 al concluir que la “Operación Telco” generaba el deber de notificar a la autoridad de aplicación. En concreto, arguye que el deber de notificación del artículo 8 debería estar determinado por estándares generales como los relacionados con el porcentaje del capital accionario adquirido, y no con apreciaciones subjetivas del organismo de control.

Además, la recurrente postula que la decisión de la cámara fue arbitraria al determinar que la “Operación Telco” confería a Telefónica SA influencia sustancial sobre Telco SpA e, indirectamente, sobre Telecom Argentina SA, pues habría ignorado consideraciones relevantes oportunamente planteadas. En particular, sostiene que el *a quo* no tuvo en cuenta que, en atención a los porcentajes accionarios adquiridos, la capacidad de controlar las empresas adquiridas dependería de coaliciones variables. Además, niega que los especiales derechos políticos reser-

vados le otorguen un derecho de veto, pasible de ser encuadrado en el concepto de influencia sustancial.

A su vez, objeta también la cuantía de la sanción aplicada por el tribunal de apelación. En ese sentido, atribuye arbitrariedad a la decisión en virtud de la carencia de fundamentos en respaldo del monto de la multa. Agrega que la decisión contiene una interpretación errónea del régimen de defensa de la competencia con relación al tiempo por el que se habría extendido el alegado incumplimiento.

Por otro lado, el Estado Nacional objeta, en primer término, la reducción de la multa impuesta a Telefónica SA aduciendo que el *a quo* interpretó erróneamente las normas de la ley 25.156 que determinan el tiempo del incumplimiento. Agrega que ese tribunal desconoció el precedente de esa Corte registrado en Fallos: 329:972.

En segundo término, el Estado Nacional se agravia por la revocación de las sanciones pecuniarias impuestas a las otras empresas que participaron de la “Operación Telco”. Alega que el tribunal de apelación habría interpretado equivocadamente la ley 25.156 al hacer lugar a una defensa de error que esa ley no prevé y al aplicar la excepción de su artículo 10, inciso c, a la empresa Mediobanca SpA.

–IV–

La Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico concedió los dos recursos extraordinarios en la medida en que pusieron en tela de juicio la inteligencia de las cláusulas de los artículos 6, 7, 8 y 10 de la ley

25.156. Sin embargo, rechazó las impugnaciones en cuanto atribuyeron arbitrariedad al fallo (fs. 198-199). Ante ello, ambas partes interpusieron sendos recursos de queja (cf. expedientes S.C. P. 209, L. XLVII, y S.C. P. 216, L. XLVII, que acompañan a las presentes actuaciones).

En mi entender, la cámara ha declarado correctamente admisibles las dos apelaciones federales interpuestas (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48, y Fallos: 329:972, entre otros) en tanto objetan la inteligencia de normas de carácter federal. A su vez, la decisión definitiva impugnada ha sido contraria a las pretensiones que los recurrentes han fundado en ellas.

Por el contrario, estimo que la cámara ha errado, en parte, al rechazar los recursos en relación con las arbitrariedades planteadas por las partes. Tal como se mostrará en la sección VI, las objeciones de hecho formuladas por Telefónica SA en relación con su adquisición de influencia sustancial sobre Telco SpA no logran demostrar que la decisión impugnada sea arbitraria. Sin embargo, tal como desarrollaré en las secciones VII y VIII, los agravios traídos por ambos recurrentes con relación a la graduación de la multa, y los expuestos por el Estado Nacional vinculados a la procedencia de la defensa del error excusable en el caso, deben ser tratados en tanto la decisión apelada luce, al respecto, dogmática y carente de fundamentos. Por ello, entiendo que las tachas de arbitrariedad son procedentes en esos aspectos. Finalmente, en la sección IX, se mostrará que las objeciones de hecho formuladas con relación a si la “Operación Telco” es una transacción comprendida en la exención del artículo 10, inciso c, de la ley 25.156 están inescindiblemente asociadas a las cuestiones federales planteadas y, por lo tanto, deben ser exa-

minadas en forma conjunta de conformidad con la doctrina de ese Tribunal (Fallos: 330:2206).

Por ello, opino, las quejas registradas en los expedientes S.C. P. 209, L. XLVII, y S.C. P. 216, L. XLVII han de ser acogidas, en la medida que se desarrollará en los puntos siguientes.

—V—

En el caso, se encuentra en juego la interpretación del concepto de adquisición de influencia sustancial sobre una empresa previsto en el artículo 6, inciso c, de la ley 25.156. En esta instancia, la cuestión controvertida versa sobre si Telefónica SA adquirió, a través de la “Operación Telco”, influencia sustancial sobre Telco SpA. Cabe destacar que la empresa recurrente no trae argumentos concretos para cuestionar que Telco SpA controla Telecom Italia SpA e, indirectamente, Telecom Argentina SA, sino que sus defensas se centran en su falta de influencia sustancial sobre Telco SpA.

La Ley de Defensa de la Competencia prevé que las operaciones de concentración económica de gran trascendencia en el mercado deben ser notificadas en forma previa a su perfeccionamiento —o dentro de una semana después de su concreción— para su fiscalización y autorización por parte de la autoridad de aplicación (artículos 6 y 8, ley 25.156). Ese sistema de control previo responde a la manda constitucional prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y tiende a prevenir que ciertas concentraciones puedan causar daños irreparables al correcto funcionamiento del mercado, a sus agentes económicos y, en definitiva, a

los usuarios y consumidores, así como evitar los costos que implica la reversión de los resultados de una concentración ilegítima.

Cabe precisar que la determinación de la existencia de una concentración económica no implica un juicio sobre su capacidad efectiva de distorsionar la competencia, lo que justificaría su prohibición en los términos del artículo 7 de la ley 25.156. Por el contrario, sólo genera el nacimiento del deber de informar, que está sustentado en el carácter especialmente riesgoso de determinadas operaciones por su volumen y sus características, lo que justifica su control previo. El incumplimiento de ese deber es el que determinó las sanciones pecuniarias aquí controvertidas.

A los fines de la Ley de Defensa de la Competencia, su artículo 6 entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de las operaciones detalladas en sus cuatro incisos. En lo que aquí interesa, en el inciso c establece que ello ocurre cuando un sujeto adquiere el control o la influencia sustancial de una empresa a través de la adquisición de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital.

Para desentrañar la inteligencia de la noción de control de la ley 25.156, cabe tener en cuenta el concepto de control societario previsto en el artículo 33 de la Ley de Sociedades Comerciales (ley 19.550). Por un lado, la ley societaria contempla el llamado control interno o de derecho, que ocurre cuando un socio posee participación, por cualquier título, que le otorga los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias (artículo 33, inciso 1º, ley citada). Por otro lado, la norma recepta el llamado control

externo o de hecho, que ocurre cuando un sujeto ejerce una influencia dominante como consecuencia de las acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes (artículo 33, inciso 2º, ley citada).

Ambas supuestos previstos en la ley societaria están comprendidos en el artículo 6, inciso c, de la ley 25.156, cuando se refiere a la adquisición de control. Sin embargo, esta última extiende la noción de toma de control como elemento relevante para determinar la existencia de una concentración económica en el ámbito del régimen de defensa de la competencia al incorporar la figura de la influencia sustancial. Ese supuesto se configura cuando un sujeto adquiere la posibilidad de injerir sobre la estrategia y el comportamiento competitivo de una empresa, a través de la adquisición de capital, aun cuando no posea el control en los términos del artículo 33, incisos 1º y 2º, de la ley 19.550.

No puede perderse de vista que el propósito de la Ley de Defensa de la Competencia es garantizar la libre competencia entre los distintos agentes económicos del mercado. Para ello, es dirimente que los actores puedan comportarse como libres competidores y ello puede ser afectado por las concentraciones económicas en cuanto implican que la sociedad controlada o participada pierda autonomía para adoptar sus decisiones competitivas.

Esta misión del régimen de la ley 25.156 explica los motivos por los que el concepto de toma de control en el ámbito del régimen de defensa de la competencia excede la noción de control societario del artículo 33 de la ley 19.550, para abarcar también el supuesto de influencia sustancial. Para que exista influencia sustancial basta con que el socio pueda incidir en la determinación de la estrategia competitiva de la empresa; no es necesario que, además, incida en otras

decisiones de la empresa. A su vez, esa posibilidad de injerencia puede ejercerse en forma positiva —a través de la posibilidad de imponer su propia voluntad en la adopción de decisiones— o negativa —a través de la posibilidad de vetar decisiones de los restantes socios—. La razón de ello es que la pérdida de autonomía de un competidor puede darse en todos los supuestos mencionados. Además, a los efectos de determinar la existencia de influencia sustancial, no se requiere que el socio haya ejercido efectivamente su capacidad de incidir en la determinación del comportamiento competitivo; basta con que sea razonablemente probable que la ejerza en atención al conjunto de circunstancias del caso (Notari, Mario, “La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust”, Ed. Giuffrè, Milán, 1996, p. 258 y ss.).

–VI–

De acuerdo con esa inteligencia del artículo 6, inciso c, de la ley 25.156, Telefónica SA no ha demostrado, en el recurso bajo examen, que la decisión apelada sea arbitraria en cuanto entiende que esa empresa adquirió, a través de la “Operación Telco”, influencia sustancial sobre Telco SpA.

La recurrente alega que su adquisición del 43,2 por ciento del capital accionario de Telco SpA reviste el carácter de una participación minoritaria y no controlante de esa sociedad. Enfatiza que dependerá de la conformación de coaliciones variables con otros accionistas para imponer la voluntad social de Telco SpA. Sin embargo, tal como expliqué en la sección anterior, la noción de influencia sustancial de la Ley de Defensa de la Competencia excede al control interno o de derecho previsto en el artículo 33, inciso 1, de la Ley de Sociedades Comerciales.

A los efectos de tener por acreditada la existencia de influencia sustancial, el tribunal a quo ponderó que la recurrente posee la mayor participación accionaria en Telco SpA. Concretamente, tiene el 42,3 por ciento de las acciones con derecho a voto, mientras que Assicurazioni Generali SpA posee el 28 por ciento; Sintonia SA, el 8,4 por ciento; Intesa San Paolo SpA, el 10,6 por ciento; y Mediobanca SpA, el 10,6 por ciento. La participación accionaria de Telefónica SA se acerca al porcentaje que le permitiría imponer positivamente su voluntad en las reuniones sociales y en las asambleas de accionistas de Telco SpA, donde las decisiones se adoptan por simple mayoría (cf. convenio de accionistas agregado a fs. 472/482). A su vez, el resto del capital accionario está fragmentado en cuatro sociedades, lo que acrecienta la capacidad de Telefónica SA de incidir efectivamente en las decisiones de Telco SpA. Por último, cabe destacar que Telefónica SA designa 4 de los 10 directores que conforman el consejo de administración de Telco SpA (cf. convenio de accionistas agregado a fs. 472/482).

Más allá de la posibilidad de Telefónica SA de imponer positivamente su voluntad, su tenencia accionaria configura un derecho de veto sobre diversas decisiones de la sociedad que hacen al diseño de la estrategia competitiva de la empresa. En este sentido, cabe destacar que Telefónica SA tiene un poder de obstaculizar las decisiones de los restantes socios en todas las cuestiones que requieren para su aprobación del voto de una mayoría calificada en la asamblea de accionistas y en el consejo de administración de Telco SpA, como la aprobación y modificación del presupuesto de Telco SpA, o las decisiones sobre el voto a ser emitido en la asamblea extraordinaria de Telecom Italia SpA (cf. instrumento de fs. 472/482).

A su vez, el tribunal *a quo* ponderó la incidencia de la participación accionaria de Telefónica SA junto con el hecho de que es el único accionista de Telco SpA que se dedica al negocio de las telecomunicaciones, que es la actividad desarrollada por la empresa que Telco SpA estaba dirigida a controlar. Además, consideró las estipulaciones contractuales tendientes a controlar el ingreso de otros accionistas que operen en ese mercado. En el convenio de accionistas, los socios de Telco SpA pactaron que no ingresarían nuevos socios que fueran operadores de telecomunicaciones (cf. instrumento de fs. 472/482). En ese acuerdo, las partes comprendieron en su definición de “operador de telecomunicaciones” a cualquier sujeto físico o jurídico que tenga más del 10 por ciento de las acciones de una sociedad que cotice en bolsa y opere en ese negocio, o que al menos tenga derecho a nombrar un miembro del directorio. Además, en el acuerdo de accionistas, Telefónica SA se reservó el derecho a petitionar la escisión en el caso de que Telecom Italia SpA celebre alguna alianza estratégica con algún operador de telecomunicaciones.

En conclusión, la cámara ha ofrecido razones suficientes en apoyo de la tesis de que Telefónica SA ocupa una posición de privilegio y liderazgo sobre la determinación de la estrategia competitiva de Telco SpA e, indirectamente, de Telecom Italia y sus empresas controladas, a pesar de que no adquirió el control formal de su gobierno.

Por último, la recurrente enfatiza la relevancia de las convenciones contractuales celebradas entre los accionistas a los efectos de garantizar una administración independiente entre Telefónica SA y Telecom Italia SpA, y, en definitiva, que la operación no afecte la libre competencia. Al respecto, entiendo que la decisión recurrida no luce arbitraria en cuanto entendió que esas convenciones

entre partes no podían reemplazar el control estatal sobre los efectos de una operación de concentración. Precisamente, la función de la autoridad de aplicación de la ley 25.156 consiste en determinar si las concentraciones económicas introducen condiciones anticompetitivas en el mercado o no. No compete a la sociedad sino al organismo de control determinar si las medidas adoptadas son suficientemente eficaces para reguardar la libre competencia. Ello reafirma la necesidad de que la operación fuera notificada oportunamente, lo que habría permitido a la CNDC evaluar la suficiencia de las condiciones establecidas.

Por lo dicho en esta sección, concluyo que, en lo que respecta al agravio considerado, el recurso de Telefónica SA debe ser rechazado.

-VII-

Por otra parte, Telefónica SA impugnó la graduación de la multa fijada por la Secretaría de Comercio Interior por considerarla excesiva y petitionó su reducción. El Estado Nacional, por su parte, impugnó la decisión apelada en cuanto redujo el monto de la sanción.

Las multas originalmente impuestas por la Secretaría de Comercio Interior fueron determinadas en función de un conjunto de factores: la estimación del impacto probable de la operación en la competitividad del mercado (cf. CNDC, dictamen 775, párrafos 26-32), el perjuicio al interés económico general (id., párrafos 33-35), el tamaño del mercado afectado en el país (id., párrafos 36-37), el patrimonio y la capacidad económica de las empresas (id., párrafos 38-64), el monto de la operación y los activos involucrados (id., párrafos 80-86), las implicancias de la realización de la diligencia preliminar por parte de la CNDC (id., párrafos

71-79) y de la experiencia anterior de algunas de las empresas participantes con el régimen de control de concentraciones de la ley 25.156 (id., párrafos 87-91), el plazo de la demora (id., párrafos 65-70), y factores particulares relacionados con la intervención de cada una de las empresas involucradas (id., párrafos 115-153).

La decisión apelada enunció parcialmente esos criterios y, sin efectuar un análisis concreto con relación a los hechos del caso ni a las valoraciones efectuadas por la Secretaría de Comercio Interior al respecto, consideró que la sanción era excesiva. En este sentido, la decisión luce dogmática y desprovista de fundamentos, por lo que no puede ser reputada como un acto jurisdiccional válido y, en este punto, debe ser dejada sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 312:683; 329:5424, entre muchos otros).

A su vez, la sentencia adopta una interpretación errada del artículo 46, inciso *d*, de la ley 25.156, que dispone que los sujetos que no cumplan con la notificación previa dispuesta en el artículo 8 serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica.

El monto de la multa originalmente impuesta había sido determinado, en parte, tomando en consideración el tiempo durante el que se extendió el incumplimiento del deber de notificación, que, en el caso de Telefónica SA, la CNDC había fijado en trescientos días hábiles (cf. CNDC, Dictamen n° 775, del 6 de enero de 2010, párrafos 65-79). Ese período comprende todo el tiempo que medió entre el vencimiento del plazo de una semana desde el cierre de la “Operación Telco” hasta el día en el que la empresa notificó en legal forma la transacción,

el 21 de enero de 2009, tras ser intimada por la CNDC mediante la resolución n° 4/2009.

En el *sub lite*, el tribunal *a quo* sostuvo que no era atinente considerar todo el tiempo que demoró el cumplimiento de la notificación desde que se celebró la transacción. Sin embargo, de acuerdo con el régimen del capítulo III de la ley 25.156 y su reglamentación —decreto 89/2001—, toda empresa que interviene en una operación de concentración económica debe notificarla a la autoridad de aplicación. Tal como lo sostuvo la Corte Suprema en el precedente de Fallos: 329:972, sólo cuenta como notificación aquélla que se realiza de conformidad con la reglamentación vigente, mediante la presentación de los formularios y documentos específicamente requeridos para esos fines. Cualquier otra transmisión de información relacionada con la transacción que la empresa haga a la autoridad de aplicación no es suficiente para dar por satisfecho el deber de notificar, y la empresa no puede valerse del silencio de la autoridad para inferir lo contrario.

En el caso en examen, las empresas involucradas en la “Operación Telco” no se sometieron voluntariamente al procedimiento de notificación, ni solicitaron en su favor la suspensión del plazo pertinente, por ejemplo demandando formalmente una opinión consultiva o requiriendo una decisión expresa en el sentido de que la diligencia preliminar iniciada por la CNDC habría de tener los mismos efectos. La participación de las empresas en la diligencia preliminar promovida de oficio por la CNDC, y no a instancia de las partes, sobre quienes pesaba el deber de informar y promover el control previo, no puede suplir el cumplimiento de sus deberes formales. En efecto, la satisfacción de los fines del régimen

de notificación previa depende en parte del adecuado cumplimiento de esos deberes formales por parte de los protagonistas de una concentración económica.

En autos, el incumplimiento del deber de informar se verificó una semana después del cierre de la “Operación Telco” y se perpetuó hasta el 21 de enero de 2009, cuando la empresa notificó formalmente la operación. Es irrelevante el tiempo que insumió al organismo la culminación de la diligencia preliminar, pues nada impidió que las empresas intervinientes cumplieran, durante ese lapso, el deber de notificación, o requirieran una declaración expresa de suspensión del plazo o de equiparación del procedimiento en marcha con un pedido de opinión consultiva. Más aún, según reporta la CNDC en su dictamen n° 775, así lo han hecho, en efecto, en otras jurisdicciones: antes del cierre de la “Operación Telco”, las empresas participantes realizaron una consulta de interpretación ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea y notificaron la transacción ante las autoridades de defensa de la competencia de la República Federativa de Brasil y la República Federal de Alemania (cf. CNDC, dictamen 775, del 6 de enero de 2010, párrafos 68-69).

Por ello, concluyo que corresponde dejar sin efecto la decisión de la cámara en la medida en que modificó el monto de la multa impuesta a Telefónica SA sobre la base de la estimación errónea del plazo relevante del incumplimiento, y sin efectuar un análisis fundado de los restantes criterios que determinaron el monto de la sanción en los términos del artículo 49 de la ley 25.156.

Finalmente, el Estado Nacional impugna la resolución del a quo en cuanto revocó la imposición de multas a Mediobanca SpA, Intesa San Paolo SpA, Assicurazioni Generali SpA, Sintonia SA y Pirelli SpA. La cámara fundó su decisión en el hecho de que, según entendió, la omisión de estas empresas de someterse al procedimiento de notificación obedeció a un error excusable.

El Estado Nacional controvierte la procedencia de la defensa de error excusable en el marco de la ley 25.156, lo que configura un agravio de carácter federal, en tanto se encuentran en juego las condiciones de aplicación del sistema sancionatorio del régimen de defensa de la competencia, que tiene naturaleza federal (punto III del dictamen de este Ministerio Público en “Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA s/ley 22.262 – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – Secretaría de Comercio e Industria”).

Cabe destacar que esa Corte Suprema ha reiterado recientemente (Fallos 335:1089) que los principios y reglas del derecho penal son aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas (Fallos: 289:336; 329:3666, entre muchos otros), en la medida en que resulten compatibles con el régimen jurídico diseñado por las normas especiales (Fallos: 311:2453) y siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico (doctrina de Fallos: 335:1089). Esa doctrina concuerda con el propio artículo 56 de la ley 25.156, que prevé la aplicación supletoria de las normas del Código Penal de la Nación. De este modo, la defensa de error excusable (artículo 34, inciso 1, Código Penal de la Nación) es, en principio, aplicable al ámbito de la defensa de la competencia en la medida en que resulte compatible con ese régimen jurídico.

Tal como ha interpretado esa Corte Suprema, la procedencia de la defensa de error excusable exige acreditar fehacientemente que el sujeto, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta (Fallos: 211:1344; 292:195; entre otros). En el marco del régimen de la ley 25.156, el análisis de la procedencia de esta defensa debe ser particularmente estricto, en atención a los bienes protegidos —el bienestar general, el correcto funcionamiento del mercado, y, en definitiva, los derechos de los usuarios y consumidores—, y a la diligencia que le es exigible a los agentes económicos que actúan en el mercado y cuyos actos tienen capacidad de afectar o distorsionar la competencia. De otro modo, el mero desconocimiento del marco regulatorio y de los deberes que la ley impone a los actores del mercado podría desbaratar el funcionamiento de la ley 25.156 y neutralizar sus preceptos.

En el caso, la decisión recurrida luce arbitraria en cuanto eximió de responsabilidad a las cinco empresas aquí en cuestión con la sola referencia a que era verosímil que sociedades constituidas en el extranjero que celebraron una transacción financiera o bursátil pudieran haber incurrido en error respecto de los recaudos impuestos por la autoridad argentina que regula la defensa de la competencia. En ese sentido, la decisión luce dogmática y desprovista de fundamentos, por lo que no puede ser reputada como un acto jurisdiccional válido y, en este punto, debe ser dejada sin efecto por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 312:683; 329:5424, entre muchos otros).

En efecto, los elementos señalados por el tribunal a quo no alcanzan para tener por configurada la prueba fehaciente de que, aun actuando con la debida diligencia, las empresas en cuestión no habrían tenido la posibilidad real y

efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta. Aun tratándose de empresas extranjeras, la debida diligencia para la realización de una operación económica de gran trascendencia e impacto económico exigía el conocimiento de las normas de nuestro país, donde esa operación también tendría efectos. Específicamente, demandaba el conocimiento del marco regulatorio de la defensa de la competencia, máxime cuando esas empresas extranjeras tenían conocimiento de que la “Operación Telco” podía tener impacto en el correcto funcionamiento del mercado, lo que las llevó a consultar a las autoridades de contralor de otras jurisdicciones —a saber, la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea y las autoridades de defensa de la competencia de la República Federativa de Brasil y la República Federal de Alemania (cf. CNDC, dictamen 775, del 6 de enero de 2010, párrafos 68-69)—.

El carácter de sociedad de inversión no puede eximir a la empresa de conocer las normas que regulan la actividad comercial en la que invierten. Por el contrario, la profesionalidad que cabe atribuir a esas empresas, en su rol de grupos empresarios internacionales, así como también la envergadura de las operaciones que realizan, requieren que actúen con prudencia y pleno conocimiento de las normas, entre las que se encuentran los artículos 6 y 8 de la ley 25.156, el artículo 8 del decreto 89/2001 y la “Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica”, aprobada por la Resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor. Esas normas determinan qué operaciones deben ser notificadas a la autoridad de control y quiénes deben efectuar esa notificación. A su vez, el régimen prevé un mecanismo de consulta, al que podrían haber recurrido las empresas intervinientes para plantear, de buena fe, las cuestiones que

estimaran pertinentes sobre el alcance de sus deberes frente a la autoridad local (resolución 26/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica).

Por las razones expuestas, entiendo que la decisión recurrida debe ser dejada sin efecto en la medida que estimó procedente la defensa del error excusable.

–IX–

Por último, con relación a la empresa Mediobanca SpA, el a quo fundó la revocación de la multa en la procedencia de la exención del artículo 10, inciso c, de la ley 25.156, según el cual no han de someterse al procedimiento de notificación del artículo 8 “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”.

Sin embargo, esa interpretación de la norma en cuestión es errada en tanto entiende que el citado artículo 10, inciso c, exime del deber de notificación a “las empresas extranjeras que no posean activos en el país”, cuando lo que la regla exceptúa son ciertas transacciones en las que participa una única empresa extranjera sin activos previos en la Argentina. Las transacciones exceptuadas por esta cláusula son aquéllas por las cuales una única empresa extranjera sin activos en el país o acciones de otras empresas en la Argentina adquiere otra empresa que sí los tiene. La “Operación Telco” no es una transacción de esta clase, sino un caso en el que un conjunto de empresas, la mayoría de las cuales poseen activos en el país o acciones de sociedades en Argentina, adquirieron un capital accionario de una empresa italiana que controla empresas en Argentina. Todos los que participaron en esa

operación no exceptuada por el artículo 10, inciso c, de la ley 25.156 tenían el deber de someterse al procedimiento de control previo del capítulo III de la ley, incluida Mediobanca SpA.

En ese aspecto, la decisión de la cámara se funda en una errónea interpretación de la ley federal en cuestión y debe ser revocada en ese punto.

-X-

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde confirmar la decisión en cuanto estimó procedente la sanción a Telefónica SA, y dejarla sin efecto en cuanto redujo la multa fijada a esa sociedad y en cuanto revocó las sanciones aplicadas a Assicurazioni Generali SpA, Intesa San Paolo SpA, Mediobanca SpA, Sintonia SA, y Pirelli SA.

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Asesoría General de la Nación