

## **¿“CENSURA PREVIA” Y “PLEBISCITO” EN LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES?**

*Cátedra de Derecho Comercial. Dr. A. Daniel Vergara del Carril:  
Juán Esteban Fernández, Jorge Bazán, Esteban Daireaux y Victoria Zöldi*

### **Ponencia**

Consideramos prematura la exigencia de autorizaciones y audiencias públicas como requisitos previos a las fusiones de sociedades en punto al proyecto de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, dado que su implementación inmediata aparece como disuasiva en función del actual grado de desarrollo, politización y competitividad de nuestra economía.

Si se considerara que la autorización previa administrativa es un pre-requisito que no puede demorarse, será necesario asegurarle un trámite rápido, sin postergaciones, que asegure realmente la confidencialidad y que excluya todo recurso a audiencias públicas.

El pre-requisito de la autorización previas del Tribunal de Defensa de la Competencia no puede incluir a los contratos de colaboración empresaria, que no deberían ser incluidos en el espectro de la concentración empresaria.

### **FUNDAMENTOS**

#### **El contralor gubernamental en los procesos de fusión**

La mayor parte de los estados con economía industrial desarrollada ha dictado normativas de contralor respecto de las fusiones entre empresas que tienen lugar o que producen sus efectos dentro de sus respectivas jurisdicciones. En este marco se han creado distintos organismos de contralor, autoridades de aplicación y procedimientos tendientes a la investigación de casos de concentración económica. Tradicionalmente estos procesos de contralor incluyen distintos aspectos, entre los que cabe mencionar la notificación pre-fusión -que en algunos casos imponen los llamados “períodos de espera” a fin de cerrar la transacción en cuestión-, las instancias de investigación, prueba y audiencias, y la competencia de los organismos de contralor para prohibir o para limitar el alcance de fusiones que puedan tener como efecto conductas monopólicas. En algunos casos, asimismo, se consideran factores que exceden la cuestión de las conductas monopólicas, como ser el interés público general.

#### **El contralor en la Comunidad Económica Europea**

El progresivo desarrollo del mercado común europeo, especialmente a partir de 1985, ha causado un fuerte incremento en el interés de las distintas compañías establecidas en Europa por alcanzar una mayor optimización de las unidades económicas a través de la creación de empresas de mayor envergadura lo cual se ha logrado, en gran parte, mediante procesos de fusión y adquisiciones entre compa-

ñas. A raíz de la necesidad de ejercer un control sobre el impacto que dichas fusiones han causado en el mercado común europeo, las autoridades comunitarias han emitido el Reglamento de Fusiones (Reglamento N° 4064/89), aprobado por el Consejo Comunitario en diciembre de 1989 y en vigencia desde septiembre de 1990 y el Reglamento 3384/94 (modificatorio del 2367/90) relativo a notificaciones, procedimientos y audiencias (los “Reglamentos”).

A la luz de los Reglamentos, las compañías que se propongan intervenir en fusiones de gran escala -calificadas como tales por los Reglamentos- deben recabar la previa autorización de la Comisión Europea (la “Comisión”), que constituye la autoridad de aplicación en la materia. Los Reglamentos prevén las siguientes etapas dentro del marco del proceso de autorización: (i) prenotificación facultativa, (ii) notificación de la fusión propuesta a la Comisión; (iii) publicación de la notificación en el Diario Oficial, (iv) emisión de la autorización o de la declaración de objeciones; y, de haberse planteado objeciones (v) contestación de las objeciones; (vi) audiencia; y (vii) emisión de la decisión definitiva.

Uno de los puntos medulares considerados por la Comisión es el del cumplimiento del cronograma y límites temporales impuestos por los Reglamentos a los efectos de alcanzar una decisión definitiva respecto de la fusión sometida a consideración de la misma. A fin de agilizar los procedimientos tendientes a la obtención de una decisión por parte de la Comisión, los Reglamentos han introducido la facultad de las compañías involucradas de discutir ante la Comisión, con anterioridad a la etapa de notificación formal y en un marco de estricta confidencialidad, las cuestiones relativas a una propuesta de fusión. Esta etapa de prenotificación presenta sensibles ventajas para las partes, dado que por un lado permite a la Comisión obtener información preliminar respecto del caso a ser planteado frente a la misma, y por el otro, habilita a los interesados en llevar adelante una fusión a estudiar en profundidad los problemas y objeciones que pudieran plantearse respecto de tal propuesta. De tal manera, esta etapa procedimental da origen al desistimiento de numerosos casos dado que permite a las partes advertir (a) que el caso en cuestión no cae bajo la órbita de control de los Reglamentos o (b) que el mismo presenta problemas de tal magnitud que probablemente darán lugar a una denegación de la correspondiente autorización por parte de la Comisión.

Por otra parte, los Reglamentos tienden a otorgar a las terceras partes interesadas una oportunidad de hacer conocer su opinión respecto de las propuestas de fusión planteadas ante la Comisión. De allí la necesidad de realizar una publicación en el Diario Oficial comunitario de las notificaciones de fusión efectuadas de acuerdo con lo establecido por los Reglamentos. Asimismo, en casos en los que la Comisión ya hubiera emitido una declaración de objeciones a la fusión en cuestión, las partes involucradas deberán también publicar las modificaciones a los términos y condiciones de la concentración económica propuesta a fin de intentar que la Comisión autorice en última instancia tal fusión.

Una vez analizado preliminarmente un caso de fusión, la Comisión podrá autorizar la misma o emitir una decisión fundada por la cual la Comisión expresará sus serias dudas respecto de la compatibilidad de la fusión propuesta con la normativa global y los principios jurídico-económicos del mercado común. A partir de esta declaración de objeciones se inicia la segunda fase del procedimiento.

El Reglamento 3384/94 ha introducido una importante innovación, aclarando

cuáles son las partes interesadas que podrán ser oídas en el marco de esta segunda fase. Al respecto, ha clasificado a las mismas en tres categorías: (a) los notificantes de la fusión propuesta, (b) otras partes involucradas, v.g. la empresa objeto de fusión o el correspondiente vendedor, y (c) terceras partes que evidencien interés legítimo en la concentración propuesta, como ser clientes, proveedores, competidores, integrantes de la administración o gerencia de las empresas involucradas, representantes sindicales. Es facultad de la Comisión el evaluar y decidir qué partes deberán ser oídas. Los Reglamentos confieren a estas partes interesadas el derecho a ser informados por escrito respecto del caso bajo análisis. En la práctica, la Comisión cumple con éste requerimiento poniendo a disposición de los mismos una versión depurada de la declaración de objeciones y de la contestación a la misma, v.g. restringiendo el acceso de estas partes a los secretos comerciales contenidos en dichos documentos. Respecto de qué se entiende por “secretos comerciales” siempre podrá surgir cierto grado de controversia que resulta difícil de resolver en el marco de la celeridad requerida en este tipo de procesos. Es por ello que sobre el particular se ha propuesto recientemente la inclusión de un artículo en los Reglamentos que establezca que toda parte que sea oída en el marco de este proceso y que considere que su presentación contiene material confidencial deberá identificar claramente la misma, fundando su postura al respecto y debiendo proporcionar al mismo tiempo una versión depurada de tal material. Asimismo, adviértase que mientras las partes notificantes tienen acceso irrestricto a los expedientes del caso -acceso que también puede ser conferido a otras partes involucradas mediando habitualmente el consentimiento de las partes notificantes-, todas las demás partes carecen en general de tal derecho.

Tal como se indicara precedentemente, luego de emitida la declaración de objeciones las partes deberán presentar su contestación escrita a las objeciones planteadas dentro de las dos o tres semanas de haber sido notificadas de tal decisión.

La defensa de las partes se completa generalmente en el marco de una audiencia que las partes pueden solicitar si así lo estimaran conveniente. Dentro del ámbito de la normativa europea, éste tipo de audiencias reviste una importancia fundamental a la hora de ejercer el contralor y la respectiva defensa en los procedimientos de fusión. Dada la limitación de tiempo con que cuentan las empresas involucradas en ésta clase de procedimientos, éstas audiencias permiten a las partes ampliar los argumentos favorables a sus respectivas propuestas económicas. Las partes intervinientes en una audiencia son las empresas involucradas, sus directivos, sus representantes legales, técnicos, económicos y demás expertos que fueran necesarios, representantes de la Comisión y representantes de los estados miembros de la unión. Debe tenerse en cuenta que en la etapa de preguntas y discusión de una audiencia no sólo se admiten las preguntas de los representantes de la Comisión sino también de las referidas partes interesadas. La Comisión cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a fin de determinar qué partes podrán ser oídas y qué material será admitido como medio de prueba.

Una vez concluida la referida etapa de defensa, la Comisión deberá redactar un proyecto de resolución sobre la cuestión bajo análisis. El mismo deberá ser presentado ante los respectivos comités asesores de los distintos estados miembros involucrados, y una vez emitidos y considerados estos dictámenes podrá recién emitir su decisión definitiva respecto de la fusión planteada.

Adviértase que la gran mayoría de casos de fusión que llegan a la segunda fase procedimental no son resueltos mediante una interdicción absoluta, sino más bien a través de la implementación de remedios alternativos de naturaleza estructural que permitan a la Comisión la emisión de una decisión favorable a la fusión planteada.

## **El contralor en los Estados Unidos de América**

En los Estados Unidos, cualquier fusión, adquisición o acuerdo de joint venture que involucre sociedades u otras empresas económicas cuyas actividades afecten el comercio interestadual están alcanzados por la normativa de control de defensa de la competencia y pueden ser prohibidos en caso que produzcan efectos adversos en un área geográfica definida o respecto de un mercado de productos determinados. La principal base normativa respecto del control de fusiones está constituida por la Clayton Act, bajo la cual las fusiones cuyos efectos pudieran potencialmente menoscabar la legal competencia de mercado o dar lugar a la creación de un monopolio en cualquier zona geográfica o mercado de productos particular, puede ser declarada ilegal por las autoridades de contralor.

A diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Europea, en los Estados Unidos y en Gran Bretaña, los procedimientos de control sobre las fusiones están a cargo de diversos organismos de control. Básicamente, existen dos organismos con competencia sobre la cuestión: el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Tal diversidad trae muchas veces aparejada una demora en la sustanciación de los procesos de investigación, dado que en numerosas oportunidades las partes han experimentado no pocas dificultades en dilucidar con cuál organismo deberán entenderse y cual tendrá en definitiva competencia para resolver la cuestión.

En septiembre de 1978 entró en vigencia en los Estados Unidos el régimen de notificación pre-fusión bajo la Hart-Scott- Rodino Act de 1976. De acuerdo con dicha norma, en transacciones tendientes a una concentración económica que reúnan ciertos requisitos mínimos, tanto las partes adquirentes o fusionantes como la empresa blanco de tal adquisición o fusión deben preparar y presentar ante el Departamento de Justicia y ante la Comisión Federal de Comercio el formulario correspondiente a la notificación de pre-fusión. Toda persona que de acuerdo con dicha norma deba presentar una notificación de pre-fusión deberá también abonar una tasa de aproximadamente US\$25.000.

Asimismo, la Hart-Scott-Rodino Act ha establecido un complejo mecanismo de investigación respecto de dichas transacciones, así como estrictos cronogramas respecto de los procesos de fusión sujetos a notificación.

A partir del momento de notificación, las normas aplicables imponen sobre de las partes involucradas un período de espera de treinta días a los efectos de concretar la transacción en cuestión. Durante este período de espera inicial las autoridades de contralor deberán establecer cuál será el organismo competente a los efectos de llevar a cabo la investigación correspondiente. Una vez dilucidada esta cuestión, si el organismo que resulte competente determina que requiere mayor información sobre el caso particular deberá emitir una “segunda solicitud” a las partes involucradas. Una vez emitida tal solicitud, el cierre de la transacción que-

da suspendido por un nuevo período de veinte días computados a partir del momento en que las partes suministren a la autoridad de contralor la información adicional solicitada.

La experiencia indica que el noventa por ciento de los procesos de investigación queda concluido durante los referidos períodos de espera, pero en casos complicados las investigaciones pueden extenderse por plazos de hasta seis o más meses. Durante la etapa de investigación el organismo competente deberá analizar y estimar detalladamente el impacto de la transacción de concentración económica respecto de todos los mercados que puedan ser potencialmente afectados. La investigación comprende generalmente una revisión exhaustiva de los estados financieros de las empresas involucradas, de aquella información concerniente a las ventas y producción, estudios de planeamiento y de mercado relativos a la transacción, y de toda otra información o materiales considerados relevantes por los organismos competentes.

Respecto de la confidencialidad en los procesos de control sobre las fusiones debe destacarse que tanto el acto mismo de la notificación, como toda la información contenida en la misma y en los sucesivos informes presentados ante la Comisión Federal de Comercio o el Departamento de Justicia, son considerados confidenciales y reservados. Dicha información únicamente podrá ser revelada al Congreso de los Estados Unidos o de acuerdo con lo dispuesto por una orden judicial o administrativa.

La Hart-Scott-Rodino Act impone severas multas a aquellas personas, compañías o empresas que lleven a cabo las transacciones de concentración económica descriptas precedentemente sin haber dado previo cumplimiento a los requisitos de notificación de pre-fusión previstos por la misma. Adicionalmente, los organismos competentes podrán solicitar una orden judicial a fin de (i) incoar a las partes el cumplimiento de las normas aplicables, y/o (ii) determinar la extensión del período de espera. Sin perjuicio de ello, toda parte interesada tiene el derecho de objetar cualquier propuesta de fusión o adquisición de acuerdo con las normas de defensa de la competencia.

Por último, tanto la Comisión Federal de Comercio como el Departamento de Justicia están facultados a dar por concluido, con anterioridad a su vencimiento, cualquiera de los citados períodos de espera en caso que constaten claramente que la transacción propuesta no constituye una amenaza ni es incompatible con los principios de defensa de la competencia de los Estados Unidos.

## **El proyecto de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia**

Bajo el título de “Ley Antimonopolio” -que a la fecha de la presente se encuentra aprobada por la Comisión de Comercio de la Cámara baja- se busca reformar la Ley 22.262 de defensa de la competencia.

En punto a tal proyecto de reforma nos detendremos en dos aspectos, a saber:

- a) La “notificación” y consecuente “autorización previa” por parte de la autoridad de contralor, y

- b) la facultad de ésta de abrir una instancia pública bajo la forma de “audiencia”.

Los antecedentes anotados del derecho comparado son demostrativos de la

gran preocupación que evidencian los estados respecto de la preservación de la libre competencia. En salvaguarda de la misma, y podríamos decir paradójicamente, han instrumentado una serie de regulaciones, o mejor dicho normas reguladoras, con el propósito de evitar o sancionar los efectos distorsionantes de las llamadas “posiciones dominantes”.

Dentro de ese marco, como hemos visto, tanto la C.E.E. como los EE.UU. exigen para los casos de fusiones o adquisiciones de empresas, la venia o autorización administrativa previa a la concreción de las mismas.

Este control, que se ejerce mediante la comunicación previa al organismo competente y su posterior autorización, se encuentra caracterizado por dos principios: a) la celeridad y b) la confidencialidad. También y sin temor a errar podríamos agregar un tercero que es el beneficio de la duda a favor de los administrados, en casos en que no surja claramente la eventual práctica monopólica o “posición dominante”.

No obstante el cuidado advertido en ambas legislaciones de tales principios, entendemos que las autorizaciones previas adolecen de cierto prejuicio de lo que podría consistir la futura práctica monopólica, que solo se podría exteriorizar a través de situaciones fácticas.

Por otra parte, la “posición dominante” producto de ser el único oferente o demandante no resulta ser una condición descalificante o mejor dicho “calificante” de aplicación de las normas antimonopólicas, en la medida que su poder económico concentrado no implique un ejercicio abusivo de derecho o de ese poder.

El capítulo IV del proyecto de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, llamado “Ley Antimonopolio”, al cual se adiciona el proyecto de la Comisión de Comercio de la Cámara baja-, al tratar específicamente de las “Concentraciones y Fusiones” refiere a la autorización previa y obligatoria del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y a la facultad de este organismo de llamar a una audiencia pública para participar en un debate que sustente la autorización o en su caso, la negativa.

Sostenemos que el actual estado de desarrollo, politización y competitividad de nuestra economía, distinto del existente en los países involucrados en la legislación comparada analizada, torna prematura la adopción de este sistema, especialmente por la indefinición en los plazos y la falta de garantías sobre el mantenimiento de la confidencialidad, como lo demuestra el recurso a audiencias públicas abiertas.

Si se considerara conveniente poner en marcha el régimen de autorización previa, visto la tendencia mundial proclive a sostener tales autorizaciones, cuanto menos proponemos la abreviación de los plazos y una mejor regulación del procedimiento.

Si bien en el proyecto original de reforma el procedimiento de autorización previa contempla ciertos plazos perentorios, no lo hace así el proyecto que reforma al primero y que emana de la Comisión de Comercio, con lo cual se desvanece la posibilidad de términos breves, que no admitan dilaciones.

Las concentraciones económicas, aún vistas como una posición dominante, no constituyen per se una práctica monopólica ni un ejercicio de derecho abusivo. De allí es que no seduce la idea de que exista una necesaria instancia previa de autorización administrativa.

Otro aspecto a considerar es la facultad que tendría el Tribunal Nacional de

Defensa de la Competencia de llamar a “audiencia pública”, tal como surge del artículo 13 del proyecto de reforma.

Como vimos, el Reglamento 3384/94 aprobado por el Consejo Comunitario de la C.E.E. que regula las notificaciones, procedimientos y audiencias en torno a las fusiones, cuida minuciosamente la abreviación de plazos y la confidencialidad de los documentos presentados. También limita la participación a las audiencias a aquellos que demuestren un interés legítimo en el proceso de fusión, y estos sólo accederán a la documentación indicada por las propias partes, pudiendo éstas reservar las que consideren confidencial. Es decir, se advierte una restricción tanto personal como material.

Sin embargo, el proyecto de reforma de la ley argentina no es cuidadoso en estos aspectos en cuanto utiliza una política abierta respecto de las personas intervinientes al habilitar a “quienes deseen participar” sin exigencia de legitimidad de su derecho, como que tampoco preserva la confidencialidad, toda vez que no obstante las partes hayan tildado de confidencial cierta documentación, el órgano de contralor podrá no considerarlo así por decisión fundada. Ya conocemos, por otra parte, el alto grado de politización que aún influye a nuestra economía.

El proyecto de reforma a la ley de defensa de la competencia ha incluido entre los casos de concentración que requieren autorización previa a los contratos de colaboración empresarial.

Estos contratos, representados fundamentalmente por las uniones transitorias de empresas, se llevan a cabo para emprendimientos determinados y acotados en el tiempo. No son concentraciones corporativas. Por lo tanto, no deberían haber sido incluidos en el esquema de la concentración.

Además, son contratos asociativos que deben concretarse rápidamente ante la inminencia de una licitación pública o un llamado a concurso privado. Sería absurdo someterlos al compás de espera del procedimiento de autorización previa del proyecto.

## **Conclusión:**

1) Consideramos prematuro el establecimiento de la “autorización previa” administrativa y estatal a los supuestos de fusión, dado el grado de desarrollo, politización y competitividad de nuestra economía, y por entender que la concentración económica per se no es descalificante en la medida que tal poder económico se encuadre dentro de los límites del ejercicio regular del derecho; y que cualquier práctica monopólica, como su término lo indica, surge de situaciones fácticas de constatación empírica, por lo que mal podría un organismo de control autorizar o desautorizar fusiones o concentraciones apriorísticamente.

2) De no compartirse que es necesario abrir un compás de espera para la introducción de la autorización previa, proponemos el respeto a la celeridad del procedimiento de autorización y su ágil regulación a fin de acotar el margen de discrecionalidad del organismo de control en orden a los plazos y a su poder de veto.

3) Igualmente, en punto a la confidencialidad de tales acuerdos, toda vez que el éxito de tales estrategias empresarias depende en gran parte del cuidado con que se maneja su información.

4) Consecuentemente, también propiciamos la eliminación del proyecto de la

“audiencia” a la que pueden concurrir “... quienes así lo deseen...” sin restricción en orden a la legitimación personal y al interés perseguido.

5) En todo caso, debe excluirse de las concentraciones sujetas a autorización previa, a los contratos de colaboración empresaria.