DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

María José Rodríguez Macías

Ponencia

Frente al inminente Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, es de toda necesidad destacar que la concentración económica no constituye per se un obstáculo para la libre concurrencia en los mercados. Las leyes que defienden la competencia no deben contener disposiciones que obstaculicen su conformación, ni requerir mayores controles que los establecidos de acuerdo con las normas societarias, dado que ello desalentará a numerosos inversionistas, presentes y/o futuros en el mercado local. Debemos tener presente que la experiencia nacional en materia de controles ha sido negativa.

Fundamento

Sabido es que la competencia libre y abierta en un mercado conduce a lograr una distribución más eficiente de los recursos y procura el bienestar del consumidor, que tiene una mayor cantidad bienes y/o servicios a su disposición, con la ventaja de la calidad y el precio más bajo. El mercado argentino ha sido el mejor testigo de tales beneficios frente al fenómeno concentracionista producido en los últimos años.

Movimiento histórico-legislativo

En primer lugar, debe destacarse que a lo largo de la historia se han visualizado dos sistemas jurídicos de alguna manera antagónicos en lo que respecta a defensa de la competencia: los de la "prohibición" y los del "abuso" respectivamente.[1]

En el primero de los sistemas legales se enrolan leyes americanas que van desde la Sherman Act de 1890, la que básicamente prohibe todo acuerdo o combinación que tienda a restringir la competencia en los Estados miembro, así como también el intento de monopolizar una parte de la industria o del comercio. La prohibición es categórica y sólo atenuada por la denominada rule of reason. A este sistema se sumaron nuestras leyes antitrust Nº11.210 y 12.906.[2]

Recordemos que la Ley 12.906, siguiendo la línea de su antecesora la Ley 11.210, reprimía la especulación y los monopolios. Tal y como su fuente inspiradora, la Sherman Act, en Estado Unidos, tenía un carácter penal y contenía normas sancionatorias de derecho antitrust, castigando expresamente al que participara en una acción de concentración tendiente a formar o sostener un monopolio. Así pues, se configura como un delito formal de peligro.

Entre los actos que consideraba monopólicos o tendientes a él, enumeraba los

---

1 Reflexiones sobre Análisis Económico y Defensa de la Competencia. Emma E.Mini, Ed. Ad Hoc VI Congreso de Derecho Societario - Mar del Plata, 1995

2 Las Relaciones Comerciales y las Restricciones a la competencia Jorge Otamedi, Ed.Abeledo Perrot, Bs.As. 1978.

supuestos en que se forma un grupo por medio del control gerencial, sea éste ejercido por persona física o ideal. Era suficiente, para la existencia del ilícito, que esa vinculación pudiese conducir al monopolio.

Asimismo, sancionaba la concentración resultante de una adquisición de capital en una sociedad, sin requerir que la misma otorgase el control, tal como lo regula el art. 33 de la Ley de Sociedades.

Por su parte la tradición europea (Tratado de Roma) se encuadran en aquellos sistemas del abuso, así pues, sólo son punibles los acuerdos o prácticas abusivas. Incluso admite que quien desee organizar una actividad con elementos monopólicos, lo ponga en conocimiento de la autoridad administrativa a fin de que ésta lo autorice y analice.

Ley de Defensa de la Competencia Nº 22.262

Ante las deficiencias de ambos antecedentes legales, surgió la necesidad de una reforma y entonces cobró vida la Ley 22.262 con el objetivo de definir mejor las conductas punibles e instrumentar un procedimiento orientado a la prevención de las mismas.

El Tratado de Roma de 1957 entre cuyos fines destacamos el de promover el desarrollo armónico de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida, sirvió como base para el texto de la Ley 22.262, en especial sus arts. 85 y 86 que prohiben toda clase de conducta o práctica concentrada susceptible de afectar el comercio.

Así pues, nuestra ley aún vigente, enumera en su artículo 1º de manera genérica y con carácter contravencional los comportamientos lesivos del bien jurídico protegido y en su art. 41 tipifica de manera especial cada una de las conductas, que con calidad de delitos, restrinjan la competencia.

Es decir que contiene una prohibición amplia y abstracta que sanciona los actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia y una prohibición especial para los casos de abuso de posición dominante en el mercado siempre y cuando resulte perjuicio para el interés económico general.

En consecuencia, la 22.262 pierde el carácter prohibitivo de sus antecesoras e incorpora la figura de la posición dominante, cuyo abuso en perjuicio del interés económico general encuentra sanción efectiva. Pero se debe tener presente que la posición dominante per se no implica necesariamente tener un monopolio y mucho menos determina la afectación de la libre concurrencia.

En su Capítulo II crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo de carácter administrativo, encargado de prevenir las conductas restrictivas de la competencia y que de oficio o por denuncia investiga y en su caso, sanciona dichos actos.

Esta ley no tuvo en miras la regulación de las concentraciones.

Concentraciones económicas y libre concurrencia

Antecedentes

En EE.UU. en virtud del caso “U.S.A. c. Standard Oil”, se prohibieron los acuerdos entre las empresas debido a que se consideraban contrarios al orden

público y a la competencia, pero posteriormente la Corte (U.S.A. c. U.S. Steel Co") determinó que aquellas agrupaciones que no implicaran ilicitud y fuesen razonables no afectando así la libre competencia debían ser permitidas.[3]

En nuestro país (caso "Greco", "Oddone", "Sasetru") también se registraron casos en que empresas controlantes poseían la totalidad o casi la totalidad del capital de las subsidiarias, o bien administraban y disponían de los bienes de las controladas. En otras oportunidades los directores eran comunes a todas las sociedades y en varios casos la controlante financiaba a las controladas, con transferencia de activos de las sociedades subsidiarias a la controlante, en claro perjuicio de los acreedores de las subsidiarias o controladas.

Sin embargo, los grupos o conjuntos económicos y todo tipo de asociación de empresas con fines lícitos en sí, no tienen nada de perverso ni atentan contra el orden público ni contra el interés social. Se trata simplemente de asociaciones que las empresas realizan para cumplir determinados objetivos y fortalecerse en mercados cada vez más globalizados y con grandes capacidades de consumo.

Es indudable que la tendencia de la economía contemporánea está orientada hacia una concentración industrial y comercial. De esta forma, la empresa se presenta como una pluralidad de sociedades y las acciones de ésta pertenecen a las mismas personas.

Si bien la evolución de los grupos y el acentuado crecimiento de la sociedad anónima pudo haber lesionado la libre competencia en los mercados y por ello motivar el establecimiento de regímenes antimonopólicos en algunos países, es importante conocer las finalidades u objetivos de tales fenómenos (rule of reason). No siempre las fusiones o concentraciones tienen por objeto lograr posiciones monopólicas en el mercado, sino que contrariamente pueden aportar efectos beneficiosos, tales como la reducción de los costos de producción, de los costos de comercialización, el aprovechamiento de los adelantos tecnológicos y científicos…. La economía capitalista marca un camino sumamente definido que inexorablemente se dirige hacia las concentraciones empresarias.

Cabe preguntarnos si de acuerdo con la legislación vigente, la operaciones de concentración generadoras de una posición dominante en el mercado quedan comprendidas en los prescrito por el art. 1 de la Ley 22.262. La respuesta debe ser negativa, ya que si bien la formación de un grupo podría dar como resultado una posición dominante en el mercado, no se está necesariamente frente a un supuesto de abuso.

La Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia en relación a las concentraciones económicas.

Antes de transitar por algunas de las disposiciones de este Proyecto deseo dejar claro que las operaciones de concentración no pueden estar sancionadas per se, sino que en cada caso se deberá ponderar si tal agrupación ha producido en concreto un perjuicio para el interés económico general. No debemos perder de vista que en innumerable cantidad de situaciones, existen acciones que si bien formalmente comportan una restricción a la competencia, no dañan a nadie.

De acuerdo con el contenido de este Proyecto, para ciertas concentraciones se requiere la aprobación previa por parte de la Autoridad de Aplicación.

---

[3] Hablando de Concentraciones Empresarias y su Problemática, Fernando Varela, Ed La Ley 27 de junio de 1997.

Específicamente, se establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia puede autorizar acuerdos o prácticas concertadas cuando contribuyan a mejorar el interés económico general.

Este requerimiento de control (notificación/autorización previa) no había sido previsto en la ley 22.262, tal como lo ha hecho el Reglamento Nº4064/89 del Consejo de la C.E.E., en su art. 4; o el Reglamento Nº17/62 del Consejo de la C.E.E., que en su art. 2, permite a las empresas solicitar a la Comisión una certificación de que determinado acuerdo no tiene inconvenientes.

En general este tipo de sistemas de control podría ser implementado de diversas maneras. Por ejemplo, que dicha autorización sea previa a la concentración o posterior a la misma. En este último caso, cuando el acuerdo es detectado por la autoridad, ésta podría a) dar su consentimiento para que la acción continúe, b) prohibirla o c) imponer condiciones para permitir su participación en el mercado.

Sea cual sea la modalidad que se adopte, es seguro que ella no responde a la necesidad de impulsar el crecimiento y alentar la iniciativa privada, que sin lugar a dudas sólo se logra mediante un criterio flexible y dinámico. Esta "novedad" incorporada en el Proyecto desconoce la realidad y experiencia tanto nacional como extranjera, ya que resulta excesivo pensar que las concentraciones son la causa principal de restricciones de la competencia en nuestro país.

En lo que a concentraciones se refiere el Proyecto ha tomado un rumbo equivocado pues no ha tenido en cuenta que las concentraciones, tengan o no efectos anticompetitivos, son relativamente fáciles de detectar y de evaluar.

En consecuencia, debería eliminarse de dicho Proyecto el Capítulo referido a las Concentraciones y Fusiones empresarias. Un procedimiento obligatorio como el descripto, según señala el Dr. Cabanellas [4] "será una carga permanente sobre la reestructuración que indudablemente necesita la economía argentina y cuyos efectos protectores sobre la competencia pueden suplirse mediante la intervención de la autoridad de aplicación en los supuestos, seguramente escasos, en que las concentraciones tengan efectos peligrosos para la competencia. La aprobación previa debería ser simplemente una posibilidad al alcance de las partes interesadas en evitar incertidumbres respecto de la validez de sus fusiones y concentraciones".

No olvidemos que las decisiones empresarias deben transitar únicamente por el ámbito privado y no deben ser sometidas, ni antes ni después, al control gubernamental. Con ello sólo se logrará proyectar un panorama desalentador para las inversiones, que no se condice con la política económica de desregulación y modernización de los mercados que atraviesa nuestro país.

Cabe destacar que la ley 22.903 de 1983, establece que las agrupaciones de colaboración se inscriben en el Registro Público de Comercio y éste remite una copia con los datos correspondientes a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia, mecanismo éste que ha funcionado correctamente durante quince años, sin haber requerido modificación alguna.

Asimismo, debería aclararse que la fusión (en particular la fusión por absorción) y el agrupamiento empresario son por sí mismas instituciones jurídicas lícitas, reguladas por Ley de Sociedades Nº 19.550 que habilita y fomenta la concen-

---

[4] El Nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, Guillermo Cabanellas, Ed. La Ley 1994-A Sec. Doctrina.

tración empresaria o económica, en tanto no afecte el orden público y las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil).

La mayor eficiencia productiva y el desarrollo de la empresa son, conforme el art. 368 de la Ley de Sociedades y la doctrina especializada, consecuencias naturales de las concentraciones empresarias.