

EVOLUCIÓN DEL DERECHO ANTITRUST EN ARGENTINA

FERNANDO PÉREZ HUALDE y AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

PONENCIA

- a) Las concentraciones no están expresamente mencionadas en la ley 22.262.
- b) No sería ocioso clarificar la terminología utilizada en la ley 22.262, en cuanto a los sujetos a que está dirigida, especialmente en su art. 41.
- c) El art. 42 de la Constitución Nacional hace lícito los controles preventivos de las concentraciones cuando éstas distorsionen los mercados.
- d) Es recomendable incorporar un sistema de notificación previa o de certificaciones negativas, con el fin de llevar un completo control de las concentraciones con determinadas características.
- e) Los organismos del Mercosur deberán dictar normas comunitarias que den respuesta adecuada a todas las distorsiones a la libre competencia, incluidas las producidas por las concentraciones.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

En nuestro trabajo La Problemática de las concentraciones Empresariales y el Derecho de la Competencia en la Unión Europea a través de la Jurisprudencia de su Tribunal ¹ hemos realizado un análisis de los principales aspectos de la normativa *antitrust*, o derecho de defensa de la competencia, en el marco de la Unión Europea. En él observamos cómo desde el Tratado de Roma², hasta la firma del Tratado de Maastricht³, el derecho *antitrust* sufrió una evolución importante fruto de las diferentes ne-

¹ Trabajo presentado en este mismo Congreso.

² Firmado en Roma el 25/03/57, en adelante T.R.

³ Firmado en Maastricht el 07/02/92.

cesidades, tanto de orden económico como político, que se presentaron en el ámbito de la comunidad.

2. *Experiencia de la Unión Europea*

Este derecho *antitrust*, que se caracteriza por impulsar, y en ciertos casos obligar, a las empresas a competir, está presente en forma explícita en el art. 85 del T.R., pero no en forma completa. Tal artículo prohíbe solamente los acuerdos o carteles, y no las concentraciones de empresas, que fueron reglamentadas muchos años después de la firma del tratado.⁴

Tampoco lo hace el art. 86 T.R. que prohíbe la explotación abusiva que ejerza una o más empresas de su posición dominante en el mercado, siempre que la misma afecte el comercio entre los estados miembros.

El tratamiento de las concentraciones fue paulatino.

No obstante no estar regulada su conformación y configuración, por las normas antes citadas, el Tribunal interpretó ambos artículos en forma extensiva, de acuerdo con los principios generales estipulados por el art. 3, letra f) y 3.A.1 del T.R., impidiendo de esta manera ciertas operaciones de concentración. Se llega finalmente al Reglamento N°4064/89.

Las cifras muestran la importancia de la concentración empresarial en el ámbito del derecho de la competencia: en 1993 la Comisión pronunció 58 decisiones relativas a la aplicación del citado reglamento y sólo siete con relación a las reglas clásicas de la concurrencia.⁵

3. *Fusión de sociedades y adquisición hostil*

Debe tenerse en cuenta que las fusiones o concentraciones no siempre tienen por objeto lograr posiciones monopólicas en el mercado; por el contrario ellas pueden producir consecuencias beneficiosas. Así por ej.:

- 1) Cuando se busca una mayor eficiencia competitiva de las pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejores condiciones a mercados controlados por grandes empresas.
- 2) Cuando responden a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados, por ej. el financiero.

⁴ Primero con el Reglamento N° 418/85 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 T.R. a determinadas categorías de acuerdos de Investigación y Desarrollo; y posteriormente con el Reglamento N° 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas.

⁵ Comentario de D'ORMESSON, Olivier a la obra de ZACHMANN, Jacques: "Le contrôle communautaire des concentrations", en *Rev. Trim. de Droit européen*, 1995, n° 2, p. 423.

3) Cuando grandes empresas absorben a otras más pequeñas con graves problemas financieros.

En cambio son monopólicas cuando se proponen maximizar ganancias reduciendo la competencia; expulsando empresas del mercado, etc. El problema es probar que éste ha sido el fin perseguido.

4. *Nuestro derecho*

La normativa sobre defensa de la competencia en la Argentina ha pasado por diferentes etapas hasta llegar a la configuración de la ley 22.262, actualmente en revisión.

Con relación a las concentraciones, no creemos que la evolución haya tenido siempre signo positivo.

4.1. **Ley 12.906 de Represión de los Monopolios**

Esta ley, sancionada el 30 de diciembre de 1946, constituye una prolongación de su anterior, la ley 11.210 (de 1923), que reprimía la especulación y los monopolios. El cambio fundamental fue introducir una etapa sumarial previa al proceso judicial, de carácter administrativo, con el fin de resolver la existencia o no, de los hechos tipificados por la ley. También se buscó, con este texto legal, mejorar ciertos aspectos de la técnica punitiva de la ley anterior.⁶

La ley 12.906 se enroló en el sistema prohibitivo, siguiendo la línea de la Sherman Act. Tenía un carácter penal; contenía normas sancionatorias de derecho *antitrust* y la competencia desleal sólo se penalizaba mediante una única figura (art. 2, letra k).

En su art. 1⁷ punía expresamente al que participare en una acción de concentración tendiente a formar o sostener un monopolio. De esta forma, el delito de monopolio, se configura como un delito formal, no de resultado, sino de peligro.⁸

El art. 2 enumeraba casos que debían considerarse actos de monopolio o tendientes a él, comprendiendo como tal, en su letra l)⁹, los supuestos en que se forma un

⁶ OTEAGUI, Julio C.: *Concentración Societaria*, Abaco, Bs. Aires, 1984, p. 69. Sobre esta ley consultar ROVIRA, LEBER y otros en "Las posiciones dominantes y las prácticas restrictivas de la competencia. Eficacia de la ley antimonopólica. Las medidas precautorias como forma de evitar distorsiones irreparables en el mercado", en el Primer Congreso de Derecho Societario, Depalma, Bs. Aires., 1979, t. I, p. 159.

⁷ Art. 1: "El que participare por sí o por interpósita persona, en consorcio, pacto, coalición, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él... incurrirá en las sanciones de la presente ley por el solo hecho de la participación".

⁸ ROVIRA, Raúl L. y NEGRI, Carlos María: "La Regulación de Conductas Monopólicas en el Derecho Argentino y Comparado", *Rev. del Derecho Industrial*, año 1, 1979, Depalma, Bs. Aires, pp. 281 y ss.

⁹ Art. 2, letra l): "La intervención de la misma persona, física o ideal, en funciones de dirección, gerencia o administración, de diferentes compañías o sociedades, o admi-

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.

En la letra m) ¹⁰, del mismo art. 2, sancionaba la concentración realizada como fruto 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. No obstante, creemos que la obtención de dicho control era necesario para constituir un monopolio por esa vía.

Hay que destacar que esta ley no penalizaba, en una fórmula general, el abuso de posición dominante, si bien se describen figuras en su art. 2 que son casos concretos de ella.

Tampoco mencionaba expresamente a los acuerdos o acciones concertadas, como lo hace la ley 22.262, comprendidos, en las expresiones pactos, combinaciones o amalgamas.

Después de 30 años la reforma se hizo necesaria por la falta de practicidad del régimen descripto y por no prever una efectiva acción preventiva. ¹¹

4.2. Ley 22.262 de Defensa de la Competencia ¹²

Su característica principal es la de sancionar todo tipo de acuerdos restrictivos de la competencia o carteles, dedicando su art. 41, casi en forma completa, a la sanción de todo tipo de acción concertada.

a. Lineamientos generales.

- 1) Cambia de orientación, pasando de la vertiente de la prohibición (en la que estaba enrolada la ley 12.906) a la del abuso.
- 2) Exige un perjuicio efectivo que limite, restrinja o distorsione la competencia, para prohibir un acto o conducta.
- 3) Incluye la figura de la posición dominante, sancionando solamente su abuso, siempre que de la misma pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. Deja de lado, entonces, la figura del monopolio que es más estricta, ya que la posición dominante en el mercado no implica necesariamente

nistración o gerencia de una y dirección de otra u otras, cuando esta vinculación pueda conducir al monopolio, a la restricción o suspensión de la competencia o a la eliminación de precios de competencia leal para los consumidores o usuarios”.

¹⁰ Art. 2, letra m): “La adquisición directa o indirecta, que una persona física o ideal realice de todo o parte de las acciones o cuotas de capital de otra persona ideal, cuando esa adquisición tenga por objeto constituir un monopolio, restringir o suprimir la competencia o eliminar los precios de competencia leal para los consumidores o usuarios”.

¹¹ ROVIRA, Leber y otros, ob. cit. p. 2.

¹² Promulgada el 12 de agosto de 1980.

tener el monopolio. De esta forma sigue el criterio prevaleciente en la Unión Europea.¹³

- 4) Crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo de carácter administrativo, que de oficio o por denuncia, realiza la instrucción por las presuntas violaciones a la ley. La instrucción termina en un dictamen que es elevado al Secretario de Estado de comercio y negociaciones económicas internacionales, junto con una recomendación. Esta comisión tiene amplias facultades en todo el territorio nacional.
- 5) Prevé un importante régimen de procedimiento ante el organismo administrativo competente, incluyendo los mecanismos para iniciar las investigaciones, su forma, etc.
- 6) No protege en forma directa a los consumidores, sino que lo hace a través de la protección del mercado.
- 7) La única norma sobre competencia desleal es el inc. d, del art. 41.¹⁴ Las restantes son normas de derecho *antitrust*.

b. Tratamiento de las concentraciones

La ley 22.262, a diferencia de la 12.906, no tuvo en miras la regulación de las concentraciones.

– El art. 1 de la ley

El art.1 de la ley enuncia:

- 1) Una prohibición amplia y abstracta, al sancionar los actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia;
- 2) Una prohibición especial para los casos de abuso de posición dominante en el mercado

En ambos supuestos se requiere que del hecho pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Cabe interrogarse si las operaciones de concentración, sean estas por fusión o agrupación¹⁵ de sociedades, cuando se realizan con el fin de lograr o fortalecer una posición dominante, están comprendidas en la fórmula del art. 1 de la ley.

¹³ AROZAMENA, María Jesús: *Las concentraciones de empresas en la comunidad europea*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 53.

¹⁴ Art. 41, inc. d): "Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

¹⁵ Entendida ésta de acuerdo a lo expresado por el Memorandum del Consejo de la C.E., de 1966, para el que hay concentración cuando se produce "...la adquisición de propiedad o un cambio de titularidad de modo permanente que tiene por resultado el surgimiento de una única unidad económica bajo una sola dirección, en lugar de dos o más empresas independientes que existieran previamente"; o según la terminología utilizada entre nosotros por OTAEGUI, Julio C.: *Concentración Societaria*, Abaco, Bs. Aires, 1984,

La respuesta debe ser negativa, porque al formarse el grupo, si bien se podría estar logrando una posición dominante en el mercado, no se está, necesariamente, abusando de ella.

En cuanto a la fórmula general de la primera parte del artículo, su aplicación puede generar dificultades; en efecto, no es sencillo determinar, por ejemplo, que una compra de parte del paquete accionario de una sociedad competidora, "...limite, restrinja o distorsione la competencia,...de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

No obstante, para ciertos autores, la fórmula amplia comprende todo tipo de actividades, siendo indiferente que tales actos o conductas no persigan un fin de lucro.¹⁶

Art. 42 de la Constitución Nacional

El nuevo art. 42 C.N. en su párrafo segundo dice: "Las autoridades proveerán ..., a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales,...".

Se trata de una fórmula amplia que, de seguir las aguas de la jurisprudencia europea, permitiría regular las operaciones de concentración que se celebren en el mercado, pues hemos explicado que el art. 85 del Tratado de Roma se interpretó a la luz del principio general sentado por el art. 3, letra f), de dicho tratado.

Atento al carácter sancionatorio de la ley 22.262, en el orden interno, la interpretación extensiva de las sanciones previstas en su articulado podría entrar en colisión con el principio general de la tipicidad, propio del Derecho Penal. Desde la óptica del derecho comunitario, en cambio, si la unión tiene por fin esencial lograr un mercado sin distorsiones, debe encontrarse un mecanismo por el cual todo fenómeno que lo perjudique, tenga una respuesta adecuada (control preventivo, corrección de desviaciones, cese de los hechos, etc.)

Rule of reason

De cualquier modo, las operaciones de concentración no pueden estar sancionadas per se, debiendo apreciarse en cada caso (*rule of reason*) si el acuerdo o manobra en concreto ha producido un perjuicio para el interés económico general. Muchas veces, existen acciones que si bien formalmente comportan una restricción a la competencia, no dañan a nadie; o viceversa, acciones que, si bien resultan restrictivas y aparentemente perjudiciales, apuntan a lograr un efecto que tiende a compensar o neutralizar la consecuencia negativa; por ej. un acuerdo entre fabricantes de automó-

p. 161. Concebida como un tipo de agrupación en la que las sociedades intervinientes están sujetas a una administración o dirección común, guardando vínculos de subordinación.

¹⁶ RACCIATI, Hernán (h), ROMERA, Oscar E., ROMANO, Alberto: "La ley de defensa de la competencia y su eventual marco de operatividad", JA 1993-IV-828.

vilestendiente a evitar la competencia en cuestiones vinculadas a la seguridad de los vehículos.

Terminología utilizada

La ley no es clara en cuanto a la determinación de los sujetos a que está dirigida. En su art. 2, al conceptualizar la posición dominante, utiliza la expresión persona, en tanto que en el inc. k, del art. 41, habla de empresas, refiriéndose a los competidores.

Creemos que la determinación de los sujetos es importante a los efectos de saber si los supuestos prohibidos por la ley son de aplicación cuando las acciones concertadas, a que se refiere el art.41, se realizan entre sociedades de un mismo grupo.

Similar inconveniente se planteó en el ámbito de la Unión Europea, por la utilización de la expresión empresa, lo que llevó a tener que crear la doctrina de la unidad del grupo, la cual lo concibe como una sola empresa, atendiendo a su unidad económica y política.

Con la terminología utilizada por nuestra ley esto no parece posible; las sociedades que forman un grupo no pierden su individualidad jurídico-formal, razón por la cual no dejan de ser personas, quedando comprendidas en todas las figuras enumeradas por la ley en el art. 41.

No obstante el inconveniente señalado, no podrán las empresas agrupadas escapar a la figura de la posición dominante, por cuanto la ley las incluye expresamente en el art. 2, pto. b, utilizando la expresión persona.

Advertimos, que la ley 12.906 se refería, incluso, a la "fusión de capitales", expresión que permitiría incluir a los fondos comunes de inversión, los patrimonios de afectación y otras figuras reconocidas por la reciente ley 24.441.

Normas de procedimiento

No obstante haber reglamentado un importante régimen de procedimiento administrativo previo a la instancia judicial, la ley 22.262, no ha previsto un sistema de notificación previa, tal como lo ha hecho el Reglamento N° 4064/89 del Consejo de la C.E.E., en su art. 4; o el Reglamento N° 17/62 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.¹⁷

El único vestigio que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico es la exigencia establecida por el art. 369 de la ley de Sociedades que exige al Registro Público de Comercio correspondiente, remitir una copia con los datos de la inscripción de las Agrupaciones de Colaboración Empresaria a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia.

¹⁷ Son las llamadas certificaciones negativas, que se solicitan en un formulario tipo.

Reconocemos que la experiencia nacional en materia de controles es negativa (Piénsese en la Superintendencia General de Seguros, en el Banco Central, etc.). Sin embargo, la solución no es suprimir los controles sino crear mecanismos eficientes.