

EL FIDEICOMISO Y EL CAPÍTULO III DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JORGE BOLLATTI

JUAN A. ANICH

PONENCIA

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, una vez constituido, deberá analizar en cada caso y para cada mercado, cuál deberá ser el *término mínimo* de vigencia que tiene el contrato de fideicomiso, para que él, por vía de excepción, implique un cambio permanente en la estructura de la empresa o de determinados bienes fideicomitados, encuadrando la operación como un acto de concentración económica.

LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

1. Noción y esquema legal

La Ley Nacional 25.156 de Defensa de la Competencia ("LDC")¹ en su Capítulo III (arts. 6° a 16°) introdujo la novedad del control previo de las operaciones de concentración económica (fusiones y adquisiciones) como modalidad de ejercicio tutelar estructural de la competencia, prohibiendo todas aquellas cuyo *objeto o efecto sea o pueda ser* restringirla o distorsionarla, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.²

¹ Boletín Oficial de la Nación, 20.09.99.

² Cfme: art. 7°, LDC, texto según la modificación introducida por el Decreto P.E.N. 396/01.

El artículo sexto de la LDC conceptualiza la concentración económica, a los fines de la ley, como *la toma de control* sobre una o varias empresas, por medio de alguno de los actos que seguidamente enuncia en sus cuatro incisos, que deben asumirse como taxativos, sin perjuicio de la amplitud de análisis que supone la hipótesis legal contenida por el inciso “d”).³

El esquema legal del control *ex ante* se completa con lo preceptuado por el artículo octavo⁴, que establece que los actos indicados en la norma anterior, en la medida en que la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas⁵ supere en el país la suma de doscientos millones de pesos deberán ser notificadas para su examen por parte de la Autoridad de Aplicación de la LDC.⁶

2. El elemento temporal en la configuración de la concentración

El Reglamento de la Comisión Europea N° 1.310/97⁷, en su artículo tercero, define como “concentraciones” a las operaciones que provocan un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas, y en sus apartados tercero y cuarto introduce la noción de control.⁸

Si bien nuestra ley en esta materia reconoce como antecedente directo la legislación y experiencia de la comunidad europea⁹, nótese que al establecer la definición de concentración no reparó de manera

³ El art. 6°, inciso d), de la LDC establece que se consideran actos de concentración económica todos aquellos que supongan la toma de control por medio de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante (también denominada “sustancial”) en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de la empresa. Resultan particularmente ilustrativas sobre la aplicación del precepto legal, los criterios sentados por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “CNDC”, como Autoridad de Aplicación de la LDC, en sus *opiniones consultivas* (mecanismo ahora reglamentado según el Anexo I del Decreto P.E.N. 89/01) números “5” del 25.11.99, “7”, del 29.11.99, “10”, del 30.11.99, “18”, del 20.01.2000, “19”, del 29.01.2000, “30”, del 17.02.2000, entre otros precedentes.

⁴ Texto conforme la modificación introducida por el Decreto P.E.N. 396/01.

⁵ La CNDC, en su *opinión consultiva* número “26” ha interpretado la norma legal en cuanto al concepto de empresas afectadas, estableciendo que, a estos fines, en general, debe entenderse que son aquellas que intervienen en la operación de concentración, es decir, la adquirente y la adquirida, dejando de lado a la vendedora, en la medida en que esta se retire del mercado.

⁶ No obstante, quedan eximidas de la obligación de notificar las operaciones de concentración económica si se verifican alguno de los supuestos establecidos por el art. 10° de la LDC, texto según la modificación introducida por el Decreto P.E.N. 396/01.

⁷ Modificatorio del Reglamento 4.064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

⁸ La CNDC, en la *opinión consultiva* número “124”, apartado “V.”, puntos “17” a “51” ha reñado la doctrina del control proveniente de la Comisión Europea.

⁹ Así surge de los antecedentes parlamentarios de la L.N. 25.156. En particular, consúltese en la Revista “Antecedentes Parlamentarios”, de La Ley S.A. Editora e Impresora, Año VI, N° 9, octubre de 1999, la exposición del diputado nacional Gabrielli, como autor del proyecto y miembro informante, págs. 101/03 y las “breves anotaciones sobre la nueva ley de defensa de la competencia”, del Dr. Horacio P. Fargosi, págs. 165/71.

explícita en el elemento temporal del modelo extranjero, que exige para su configuración *el carácter de permanente del cambio*.¹⁰

La Comisión Europea, por vía de sus decisiones, ha interpretado dicho concepto legal, considerando como "permanente", a modo de regla general, a *una modificación que dure por un período superior a tres años*, mientras que la experiencia nacional muestra que la Autoridad de Aplicación de la LDC hasta ahora no ha considerado esta cualidad para configurar la toma de control o un cambio en su naturaleza, pasando de exclusivo a conjunto (o compartido), o viceversa.

3. Las operaciones que no tengan como fin inmediato la determinación de la estrategia competitiva de la empresa. Su exclusión del control previo

El apartado IV "Excepciones" de la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de concentración¹¹ excluye del ámbito de las concentraciones comunitarias a las operaciones que resultan en la toma de control sobre una empresa por parte de una entidad financiera en tanto que dicha participación no tenga por objeto determinar directa o indirectamente las actividades competitivas de aquella, sino sanearla financieramente.

La Autoridad de Aplicación de la LDC hasta la fecha no ha sentado precedente similar, no obstante, en una aproximación a dicha orientación, ha establecido que los *votos impeditivos* sobre ciertas decisiones extraordinarias, normalmente reconocidos como derechos de protección de los inversores adquirentes de una participación social, en tanto no refieran a la política comercial, y a su consecuencia directa, es decir, a la estrategia competitiva de la empresa, no se consideran aptos para otorgar el control social.¹²

¹⁰ Ni el Reglamento, ni la propia Comisión Europea en sus decisiones han dado una respuesta definitiva relativa al carácter de *permanente* al cambio estructural empresarial que implica una concentración. Ello es así por cuanto la complejidad y singularidad de cada operación analizada, y en especial, a las especificidades de determinados mercados en los que se articula la concentración, pueden determinar conclusiones diferentes respecto del *término mínimo* para que se asuma como "duradero" dicho cambio. Sin embargo, la práctica de la Comisión Europea ha establecido ciertos indicios que orientan sus decisiones en este sentido. Así, no se ha exigido que el cambio estructural de la empresa sea por un *período indefinido* (Véase la comunicación de la Comisión en "DOCE, 1998, C-66/1), o por un *lapso extremadamente largo* (Cfr. ERICSSON/HEWLETT PACKARD, decisión del 12.03.93, asunto IV/M.292, *ibidem* BP/MOBIL, decisión del 07.08.96, asunto IV/M.727), pero tampoco por un *plazo menor a tres años*, superado el cual, según el criterio de la Comisión, se abandona el carácter transitorio, para asumir la calidad de permanente, en función de resultar dicho término el normal y habitual para entrar al mercado. (Cfr. BS/BT, decisión del 28.03.94, asunto IV/M.425, *ibidem* GE/ENI/NUOVO PIGNONE II, decisión del 06.05.94, asunto IV/M.440, ALBACOM, decisión del 15.09.95, asunto IV/M.604, TENEO/MERRIL LINCHBANKERS TRUST, decisión del 15.04.96, asunto IV/M.722).

¹¹ DOCE, 1998, C-66/5

¹² Cfr. CNDC, *opinión consultiva* número "9", de fecha. 18.12.99, entre otros precedentes en igual sentido.

El fideicomiso como acto de concentración económica

El artículo primero de la L.N. 24.441¹³ establece que habrá fideicomiso cuando una persona (“el fiduciante”) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (“el fiduciario”), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

En general, esta figura legal no debería encuadrarse como una concentración económica a los fines de la LDC, en atención a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario¹⁴, y a su nota distintiva de *subordinación temporal* hasta el cumplimiento de una condición resolutoria o vencimiento de un plazo resolutorio.¹⁵

Entonces, aún cuando el dominio fiduciario resulta apto para conferirle al fiduciario la posibilidad de definir y ejercitar la política comercial y la estrategia competitiva de la empresa y/o de los activos fideicomitados, esta clase de operaciones, *sólo por vía de excepción* implican un cambio de carácter duradero o permanente en la estructura de control. Para que el fideicomiso califique como acto de concentración económica, debería analizarse *la potencialidad del plazo resolutorio* que se fije en el contrato como elemento determinante para asumir que se configura una toma de control en el alcance de la LDC.

En esta orientación, es dable establecer que, sin perjuicio de la falta de recepción explícita en el texto legal, el requisito tipificante de *cambio duradero* ha sido considerado por el legislador nacional e integra la definición de concentración económica del artículo sexto de la LDC¹⁶, y que, en particular, en el fideicomiso, corresponde asumirlo como un recaudo a examinar cuidadosamente para su configuración.

Por lo que consideramos que la autoridad de aplicación¹⁷ deberá analizar en cada caso y para cada mercado, cuál sería el *término mínimo* de vigencia para que el contrato de fideicomiso, por vía de excepción, implique un cambio permanente en la estructura de la empresa o de determinados bienes fideicomitados, encuadrando la operación como un acto de concentración económica.

¹³ Boletín Oficial de la Nación, 16.01.95.

¹⁴ Los arts. 11, 14, 15 y 16 de la L.N. 24.441 establecen que los bienes fideicomitados constituyen un dominio imperfecto en los términos de los arts. 2.661 a 2.672 del Cód. Civ., y un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante, que queda exento de la acción singular y colectiva de los acreedores del fiduciario.

¹⁵ Cfme. Arts. 1º, 4º, inc. c), 25º inc. a) de la L.N. 24.441 y art. 2.662 del Cód. Civ.

¹⁶ *Ibidem* nota de pie de página número 9.

¹⁷ Entendiéndose por tal, en la actualidad, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y cuando se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.