

LA EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 10 INC. A) DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ALBERTO ANTONIO ROMANO
PEDRO J. FIGUEROA CASAS

FUNDAMENTOS:

I- LA CUESTIÓN

Un accionista que ya tiene el 51% del paquete accionario de la compañía y compra la totalidad de las acciones de otro de los accionistas, con el cual tiene un control compartido¹ a través de un acuerdo de accionistas, ¿debe notificar la adquisición al Tribunal de Defensa de la Competencia o Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CND) por falta de creación del primero? Ello ¿implica una concentración económica a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante a LDC)?

Cabe tener presente que las personas jurídicas que omitan las notificación de una transacción contemplada por la LDC son pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000.) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar la transacción, en virtud del artículo 46, inciso d) de la referida ley. Esa multa es apli-

¹ Entendemos por tal aquellos acuerdos por los cuales los socios mayoritarios deben por unanimidad decidir sobre los temas trascendentes para la compañía (vgr. aspectos que hacen a la gestión ordinaria y extraordinaria, la aprobación del presupuesto, designación de gerentes y personal jerárquico).

cable solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de la sociedad infractora, que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. Además, se podrá imponer a la sociedad y a todas las personas mencionadas una sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años (artículo 48 de Ley DC).

II- ¿QUÉ DEBE COMUNICARSE A LA CND?

El artículo 6 de la LDC es el que determina los actos jurídicos comprendidos dentro de la obligación de ser comunicados a la CND, por implicar la ejecución de los mismos una "concentración económica". Ese artículo define textualmente a la concentración económica como "*la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos:*

- a) *la fusión entre empresas;*
- b) *la transferencia de fondos de comercio;*
- c) *la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;*
- d) *cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma tácita o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa."*

Entonces, según la LDC, por concentración económica debe entenderse la toma de control de una empresa a través de cualquiera de los actos referidos.

La adquisición de acciones con la que hemos planteado la cuestión materia de debate, estaría comprendida en el inciso c) del artículo 6 de la LDC en virtud del acuerdo de accionistas. El adquirente pasaría a tener el control, pues si bien ya era titular de acciones que representaban el 51% del capital social, tenía un control compartido con el accionista vendedor a través de un acuerdo de accionistas². La LDC

² Sobre el carácter de controlante y en relación a la expresión "posea participación, por cualquier título" dice Manovil: "...lo que se compadece con la finalidad normativa y el significado de las palabras es que para ser controlante el sujeto debe estar en condiciones de disponer del voto, a cualquier título que ello sea..." (MANOVIL, Rafael M. "Grupos de Sociedades, Abeledo-Perrot, pág. 353).

alude al control en el artículo 6 en forma genérica, fenómeno para cuya interpretación creemos deben aplicarse los conceptos que surgen de la ley de sociedades.

Por tanto, hasta aquí, la operación de adquisición en análisis debería ser notificada al organismo de control, asumiendo que reúne los requisitos de volumen de negocio total del artículo 8 de la Ley de DC y que no encuadra en la exención del inciso e) del artículo 10 de la Ley de DC³ sobre monto de la operación y valor de los activos adquiridos.

No obstante, el inciso a) del mencionado artículo 10 de la Ley de DC sobre las operaciones exentas de ser notificadas a la autoridad de contralor textualmente dispone: "*Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo anterior las siguientes operaciones: a) las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones*".

De la redacción de ese artículo surgen dos interpretaciones posibles:

(i) cuando la ley dice más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones debe entenderse que alude al "control", pues una accionista podría tener más del cincuenta por ciento de las acciones de una sociedad pero no su *control*, que es lo que, en definitiva, determina si estamos o no ante una concentración económica;

(ii) otra interpretación literal pero también finalista de la norma, considerando que cuando dice más del cincuenta por ciento (50%), no debe interpretarse "control", sino como lo que está escrito: más del 50%.

Según se adopte una interpretación o la otra, la adquisición en cuestión deberá o no notificarse.

Pensamos que es posible interpretar la norma de la manera expuesta en (ii).

Es que la LDC utilizó en reiteradas ocasiones en su artículo 6 la palabra "control", aún más, intentó una definición de la misma. Consecuentemente, puede interpretarse que la norma en donde se contempla la exención intencionadamente no refirió a "control".

Además, si se entiende que el inciso a) del artículo 10 de la Ley de DC refiere a *control* ¿cuál sería el sentido de su inclusión como exención a la obligación de notificar a la CND? Es que si una operación no implica *toma de control*, ya no se encuentra abarcada directamente por el artículo 6 de la Ley de DC y consecuentemente, sin obligación de ser notificada a la CND.

Por tanto, es posible concluir que razones de política legislativa

³ Agregado por el decreto 396/2001 en base a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por el artículo 1° apartados I f) y II e) de la ley 25.414.

llevaron a establecer un límite respecto a la obligación de comunicar la realización de operaciones, teniendo en cuenta la participación social que tiene el sujeto más allá de su carácter de controlante.

En apoyo de la tesis propuesta citamos un estudio elaborado - en forma previa a la vigencia de la Ley de DC- por la CND en agosto de 1997, sobre " ... la conveniencia de un control previo de las concentraciones y fusiones de empresas, analizando, entre otros tópicos, el marco teórico, la legislación comparada y la situación en la República Argentina."⁴, en el que el mismo se propone una redacción idéntica a la del artículo en cuestión y se fundamenta en que: *"Existen ciertas operaciones de concentración o fusión que por su propia naturaleza no pueden tener efectos sobre el nivel de competitividad de los mercados involucrados. Cuando las mismas puedan ser fácilmente identificables, resulta conveniente establecer una exención directa que las libere inclusive de informar la transacción, tal como se hace en los Estados Unidos (ley Clayton, sección 7^a, inciso c). Para el caso argentino, entendemos que sería seguro otorgar exención por lo menos a las siguientes operaciones: a) adquisiciones de empresas en las cuales el comprador ya posea más del 50% de las acciones ... La aplicación de exenciones como éstas habrían hecho que, en un año como 1996, 17 de las 60 operaciones que superaron los límites mínimos ya mencionados hubieran recibido probablemente una aprobación inmediata"*⁵.

CONCLUSIONES

1- Todo comprador que como accionista ya posea más del 50% de las acciones de la compañía y no era su controlante antes de la compra, se encuentra incluido en la exención del artículo 10 inc a) de la ley de defensa de la competencia.

2- Si se interpreta que el inciso a) del artículo 10 de la ley de defensa de la competencia refiere a "control", no tiene sentido su inclusión como exención a la obligación de notificar al Tribunal de Defensa de la Competencia. Es que si una operación no implica toma de control, ya no se encuentra abarcada directamente por el artículo 6 de la Ley de DC y consecuentemente, no existe obligación de notificar al Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁴ Informe elaborado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia titulado "El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados" publicado en la Revista "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Nro. 4. Derecho de la Competencia" Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2000, pág. 367.

⁵ Idem, pág. 396.