

CONCENTRACION SOCIETARIA. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Arnoldo Kleidermacher

I. La concentración societaria no es "per se" atentatoria de la libertad de los mercados y la normativa sobre defensa de la competencia debiera requerir en todos los casos, que para impedir concentraciones societarias exista un peligro real y concreto de afectar la libre competencia insusceptible de regulación por el Estado.

II. La autoridad de aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia debe ser representativa de los distintas fuerzas actuantes en el mercado respectivo y de las políticas imperantes, debiendo ser designada por el Congreso, con asignación idónea y suficiente a sus fines. Sus decisiones serán susceptibles de recurso ante la Cámara Federal, con intervención fiscal.

III. Atendiendo la especial circunstancia y conformación del MERCOSUR, debe evitarse todo desaliento a emprendimientos económicos que den respuesta válida a requerimientos del mercado y su evolución, aun cuando impliquen concentración societaria por la magnitud o características del esfuerzo, en la medida en que el Estado pueda establecer con certeza y confiabilidad el marco regulatorio que garantice la libre concurrencia y transparencia del mercado.

IV. Los congresos de los gobiernos o el foro parlamentario del MERCOSUR a crearse, ratificarán y designarán la autoridad de aplicación de la normativa para el mercado integrado y la Corte del MERCOSUR será el tribunal de apelación definitivo de sus actuaciones.

INTRODUCCION

En el reciente acuerdo de Las Leñas, (junio de 1992), los presidentes de los países signatarios de la integración en el MERCOSUR, convinieron una serie de pautas inherentes al proceso del tratado y, entre ellas, se estableció realizar la armonización de las disposiciones sobre defensa de la competencia.

Considerando que dicha tarea deberá ser realizada, aportaremos en este

trabajo, a través de distintos análisis, la suerte seguida por la legislación sobre la especie y, en el marco aplicable a nuestra circunstancia, cuales son nuestras conclusiones para no desalentar los proyectos económicos empresarios que contemplen una economía de escala, en función de producir mejor y más barato para el mercado.

Al respecto, nuestra realidad es que la estrechez de los mercados locales y su bajo nivel adquisitivo a escala masiva desalienta grandes emprendimientos si no hay seguridad de exportar con ventaja comparativa. Por eso, la unión de estos mercados latinoamericanos puede interesar a los grandes proyectos si agranda el mercado comprador. Sin embargo, afrontar los grandes desafíos, que es lo que la región necesita para su desarrollo, puede requerir nucleamiento de capitales y aun de sociedades o distintos factores de un mismo mercado. Por esta sola circunstancia no debe desalentarse el emprendimiento sino asegurar que redunde en beneficio social.

Resultado de lo expuesto y cabal prueba de ello, es el hecho de que en nuestro país, entre otros ejemplos, Molinos Río de la Plata retiene el 80 por ciento del mercado de los aceites comestibles; la producción nacional de aluminio se concentra en una sola empresa - Aluar - que le vende casi toda su producción a sólo cuatro empresas (Uboldi, Camea, Deodoro y Kicsa, esta última controlada por la misma Aluar); el 80 por ciento del mercado del cemento es controlado por tres empresas Minetti, Corcemar y Loma Negra, la cual retiene para sí casi la mitad del negocio; el 80 por ciento del vidrio plano lo produce Vasa, en tanto que Opalinas Hurlingham se queda con el 15 por ciento; el 90 por ciento de la cerveza que toman los argentinos la produce Quilmes; algo parecido ocurre con el mercado lácteo, donde La Serenísimas vende el 70 por ciento de la leche que se consume en la provincia de Buenos Aires y Sancor el 40 por ciento de los quesos; en el acero, la producción se reparte entre tres empresas (Somisa, Siderca y Acindar) que no compiten entre sí porque fabrican diferentes productos ⁽¹⁾.

Pues bien, en esta realidad, de acuerdo con recientes trascendidos ⁽²⁾, se estaría propulsando una nueva ley en la materia por la que serían objeto de especial análisis las fusiones de empresas o concentraciones de capital al estilo de la legislación antitrust de los EE.UU. por lo cual el Estado deberá dar su aprobación antes de que las mismas puedan llevarse a cabo.

Nuestra posición es que el sistema mencionado a introducirse no resulta positivo para la posición latinoamericana, en la cual ningún retraso más es

(1) Fuente: RODRIGUEZ, ANDREA, "Vallas en la carrera de los monopolios", revista Panorama, Bs.As., junio 1992, págs. 26 y 27.

(2) Ver art. cit. en nota ant.

necesario sino antes bien, fomentar la rápida concreción de proyectos que puedan abarcar la producción en escala favoreciendo con el menor costo a la sociedad.

Según la postura confesa de la información, esta posición le interesa al Banco Mundial, la que obviamente no coincide con la nuestra que es la de fomentar las aglutinaciones de capital en la región, para acometer los proyectos que llevan décadas de espera y así permitan en una integración racional, la no superposición de producciones deficitarias que se disputan entre sí un magro mercado. Lo que es realmente importante, es que estas formaciones empresarias beneficien a la comunidad y no concreten un atentado contra ella, por lo que ni siquiera debe bastar para desalentarlas, a nuestro juicio, la mera amenaza de peligro. El acento debe estar, definitivamente, en el control indelegable del Estado y de los intereses sectoriales que, a través de las representaciones adecuadas, actúen apropiadamente, con las normas regulatorias y su aplicación práctica en defensa del mercado.

Para ello, la Argentina ya cuenta con una buena herramienta, perfectible seguramente, pero útil a los fines expuestos: la ley 22.262 de Defensa de la Competencia, cuyo objetivo fundamental es el de proteger el normal funcionamiento del mercado y castigar aquellos actos o conductas que limiten, restrinjan o lesionen a la normal competencia. Esta norma ha venido a sustituir felizmente a la pésima ley 12.906, de represión a los monopolios, la cual consideraba a todos los hechos contrarios a la libre competencia como delitos, lo cual significaba que cualquiera fuese el cuestionamiento, todo entraba en el "túnel del tiempo" del proceso judicial penal. En cambio, en la legislación actualmente vigente se ha creado una instancia administrativa, corporizada en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, con facultades punitivas, lo que no sólo implica una velocidad de tramitación de las actuaciones totalmente diferente, sino que también brinda la necesaria posibilidad de participación y negociación entre las partes. Todo ello sin dejar de lado la opción de la vía judicial que, no obstante, queda igualmente abierta, ya sea para el planteo de recursos frente a resoluciones interlocutorias o definitivas de la autoridad de aplicación o directamente por denuncia o querrela⁽³⁾. Las estadísticas judiciales no hacen más que apoyar nuestra posición: sobre más de un centenar de presentaciones judiciales, la ley 12.908 produjo una sola sentencia en firme a lo largo de toda su existencia. En cambio, solamente en su primeros cinco años de existencia la actual ley de defensa de la competencia ya había abordado 105 casos, de los cuales en 30 fue la instancia administrativa la que se pronunció aplicando multas y órdenes de cesar. Y de los 24 que apelaron por vía judicial, trece vieron confirmada la sentencia de la instancia

(3) ROVIRA, RAUL L., "Experiencia de la ley 22.262 de defensa de la competencia", EDLA, Bs.As., Tomo 1986 A, pág. 781.

administrativa. A ello se le deben agregar las propuestas de compromiso contempladas por el art. 24 ⁽⁴⁾.

SITUACION ACTUAL

En lo que hace al tema, en los EE.UU., supuesto modelo a seguir por la nueva ley, debe aclararse en primer término que dado que tanto los modelos societarios como los regímenes fiscales vigentes distan de ser uniformes, las expansiones empresarias o concentraciones, se dan en función de los mercados geográficos y de los regímenes fiscales más o menos benignos. Y es precisamente en función de estos conceptos que ha girado la jurisprudencia de ese país, fundamentalmente a través de los pronunciamientos de su Corte Suprema ⁽⁵⁾. Pero también entra en consideración la relevancia o poder de mercado por parte de las empresas adquirentes y adquiridas. Si el porcentaje excediera del 30 por ciento la fusión podría ser declarada ilegal. Lo que demuestra, que el criterio es tratar de desalentar la concentración del mercado al punto de impedir aquellas fusiones que modifiquen las condiciones de la competencia. A esto se debe agregar, la tendencia impuesta por la Corte a impedir la eliminación de competidores menores (como sucedió en el caso de "Grocery Company Vons y Shopping Bag Food Store").

Mientras tanto, queda claro que a contramano del criterio europeo, donde se han dado fusiones en ese sentido, en EE. UU. no se reconocería la posibilidad de fusionarse para economizar costos, salvo en el caso de empresas en situación de insolvencia que acuden a la fusión para salvarse.

Una comparación importante entre la jurisprudencia norteamericana y el contexto europeo es que en la primera, y de acuerdo con el espíritu contenido en la Sherman Act, así como también el art. 7º de la Clayton Act, establecen el principio de la Rule of reason, que requiere atrapar la intención de la restricción al comercio o una conspiración para el monopolio. En el fallo de Alcoa de 1945, por primera vez se señaló que la investigación relacionada era innecesaria, puesto que objetiva y formalmente el espíritu de la legislación norteamericana es el de impedir posiciones predominantes; en cambio para el concepto europeo hay dos pivotes esenciales que la legislación de las comunidades plantea: a) evitar el perjuicio del comercio entre los Estados miembros y b) entorpecer el juego de la competencia en el Mercado Común. Lo mismo ocurre en Alemania, en donde la ley del 27/7/57 (reformada en 1970) establece como ilícito el abuso de una posición

(4) ROVIRA, RAUL L., art. cit. en nota anterior.

(5) GUYENOT, JEAN y KLEIDERMACHER, ARNOLDO, "Los agrupamientos empresarios y de colaboración", Ed. Abaco, Bs.As., 1985, pág. 44.

dominante pero no la posición en sí. Es por eso que el concepto europeo que nace justamente como reacción a la posesión del control de los mercados europeos por EE.UU. es el de alentar las fusiones sin perjuicio de evitar que el abuso impida el libre juego del mercado a nivel conspirativo.

Ciertamente la posición de los EE.UU. recogida por el Banco Mundial es doctrinaria y, si se quiere, dogmática, ya que en los casos en que la Corte Suprema se ha manifestado tuvo en cuenta que en el mercado exista atomización de oferentes desalentando e impidiendo las fusiones por considerar que disminuyen los ribetes agudos de la competencia y que es el verdadero marco de autodefensa, sin perjuicio de su preocupación por la demarcación de mercados y submercados. Cabe citar al respecto, los casos "U.S. c/Dupont de Nemours Co.", en el mercado del celofán, el famoso "Continental Can" en el de los envases y "Bron Shoe Co. c/United States" en el sector del calzado. Esta ha sido la posición que inspiró parcialmente nuestra fracasada ley anterior (12.906).

Finalmente, el verdadero leading case de la ATT, puso fin a un pleito de décadas sobre el monopolio de las comunicaciones sin interesar la realidad práctica positiva de que gozaba el mercado, sino el dogma de la atomización contra los monopolios y la división geográfica de los mercados.

Pero una cosa es reflexionar de esta forma en un mercado de 250 millones de personas, con un 80 por ciento de población con nivel adquisitivo para la actividad de los mercados, y otra hacerlo para países como, por ejemplo, los del MERCOSUR, en donde aun unida su población total es sustancialmente menor que la del país del norte, y de ella su población económicamente activa es apenas un 20 por ciento de la global.

Por cierto, otra concepción diferente se maneja, como ya hemos mencionado, en Europa. Desde el tratado de Roma, por el juego de sus artículos 85 y 86, el tribunal de aplicación, en jurisprudencia largamente ratificada, ha sido muy cauto a la hora de impedir fusiones o concentraciones de capital atendiendo, a nuestro modo de ver, a una coherencia de política económica para el desarrollo de los Estados miembros.

Cabe citar como ejemplo de ello, el caso "Mecaniver-PPG" originado por la adquisición por parte del productor norteamericano de vidrio PPG del 87 por ciento del capital de la fábrica francesa Boussois, perteneciente a la Mecaniver, del grupo BSN. Allí el tribunal sostuvo que "una venta que constituye una mera transferencia empresarial no genera, en sí misma y en ausencia de indicación en contrario, una restricción de la competencia y no recae en el ámbito de aplicación del art. 85" (6).

(6) Ver revista "Diritto del commercio internazionale", Ed. Giuffrè, Milán, Julio-Diciembre 1988, pág. 644.

Más recientemente, en el caso promovido por la British American Tobacco Co. Ltd. y la R.J. Reynolds Inc. contra la Philip Morris por la adquisición por parte de ésta última del 30,8 por ciento de la Rothmans (lo que implicaba obtener el 24.9 por ciento de los votos), el tribunal consideró que "Si bien la adquisición de participación en el capital de una empresa de la competencia no constituye de por sí una acción restrictiva de la competencia, sancionada por el art. 85 del Tratado, se puede, no obstante, violar tal disposición a través del ejercicio de su influencia sobre la conducta comercial de la empresa en cuestión con el efecto de restringir o falsear la competencia". Pero que en ese caso particular "no puede configurarse abuso de posición dominante según lo expresado por el art. 86 del Tratado de Roma al no haberse demostrado adquisición del control de la empresa o cuanto menos influencia en la conducta comercial de la misma" ⁽⁷⁾.

En cuanto a América latina, la situación es la siguiente:

En Brasil, por ley 4.137/62, el organismo que interviene en la represión de la práctica monopólica ha actuado hasta el año 1977 en 50 casos, instruyendo 13 procesos con nueve absoluciones. La primera condena se produjo en setiembre de 1974 luego de 10 años de vigencia de la ley. En Chile, por decreto-ley 211/73 que reemplazó a la ley 13.305/59 se procesaron como máximo dos casos de proceso penal. A partir de 1974, con la modificación de la nueva ley de monopolios, se ha acentuado la actividad preventiva y represiva de la restricción a la competencia. En Colombia, por ley 155/59 se realizan investigaciones administrativas en materia de competencia desleal y vinculaciones entre empresas. Todos los casos sometidos a su consideración han sido autorizados. En México, ley orgánica del art. 28 Const. 1934, no se ha establecido todavía organismo de aplicación ni se conocen casos concretos, y de acuerdo con la interpretación White considera que las disposiciones monopólicas mejicanas, pese a su formulación legal, parecen mantenerse en el nivel de las disposiciones constitucionales de tipo programático ⁽⁸⁾.

Respecto de la jurisprudencia es interesante el fallo de la Comisión Antimonopólica de Chile que resolvió aprobar en 1960 un convenio de división de mercado de distribución de combustibles entre Esso y Shell por una parte, y la empresa local Copec por otro, en virtud de que así aseguraban la existencia de un mercado para una empresa nacional (resolución del 9/8/60).

Un rasgo común a todas estas legislaciones es que el criterio no es exclusivamente represivo si no se contempla el pedido de registro de autorización previa de los actos y contratos (Brasil y México), de procedimientos de consultas y

(7) Rev. cit. nota ant., pág. 633.

(8) GUYENOT, JEAN y KLEIDERMACHER, ARNOLDO, *Obra cit.*, págs. 45 y 46.

eventual legitimación de ciertas prácticas (Chile) o de aprobación previa y vigilancia de la formación de posiciones dominantes (Colombia).

También otra coincidencia es la aparente ineficacia y tal vez desinterés de todas estas regulaciones, como asimismo la carencia de recursos de que el Estado dota a estos organismos.

En cuanto a nuestro país, ya hemos comentado sobre el acierto de la ley 22.262 que pone el acento en sancionar el abuso de la posición dominante aceptando ésta. Ello implica que no necesariamente el tamaño, el grado de concentración y aun la posición dominante en el mercado serán sancionadas, sino el abuso de ésta, que de hecho legaliza, rescatando así lo verdaderamente trascendente, que no es la sanción sino el cese de la práctica lesiva al mercado.

PONENCIA

I. A los efectos de la armonización de la política sobre defensa de la competencia en el mercado integral del MERCOSUR, y considerando el espíritu comunitario tendiente al desarrollo de la región, se habrán de prohibir, exclusivamente, los abusos de la posición dominante, en el mercado, por parte de aquellas empresas que generen un perjuicio concreto para la sociedad y/o que restrinjan la libre competencia en los mismos.

II. La autoridad de aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia debe ser representativa de los distintas fuerzas actuantes en el mercado respectivo y de las políticas imperantes, debiendo ser designada por el Congreso, con asignación idónea y suficiente a sus fines. Sus decisiones serán susceptibles de recurso ante la Cámara Federal, con intervención fiscal.

III. Los congresos de los gobiernos o el foro parlamentario del MERCOSUR a crearse, ratificarán y designarán la autoridad de aplicación de la normativa para el mercado integrado y la Corte del MERCOSUR será el tribunal de apelación definitivo de sus actuaciones.