

## **DEFENSA DE LA CONCURRENCIA Y CONCENTRACIONES ECONÓMICAS**

**ANA PIAGGI  
MARÍA FERNANDA LESCH  
MILENA RICCI  
JAVIER COSENTINO**

### **PONENCIA**

i) El art. 42 de la CN garantiza el derecho a la libre concurrencia; tal garantismo responde a las exigencias de dinamismo y transparencia en un determinado mercado a fin de asegurar: a) la igualdad de oportunidades de los operadores económicos y, b) su correlato lógico: la defensa del consumo y la lealtad comercial.

ii) La Ley N° 25.156 -en su redacción originaria- significó un avance en la evolución de la defensa de la competencia en nuestro país, al establecer el control previo de las concentraciones a partir de una cuota de mercado y un umbral de volumen negocial establecidos objetivamente.

iii) El control al que referimos fue objeto de reiterados y arbitrarios recortes, tanto respecto de las atribuciones de la autoridad de aplicación cuanto de las características de las operaciones de concentración; ello afecta negativamente el régimen de defensa de la concurrencia.

iv) Deben regularse y controlarse efectivamente las operaciones de concentración que afecten la estructura de competencia y de mer-

cado, adoptando un sistema de notificación previa o certificaciones negativas que garanticen una vigilancia eficaz. Una política de defensa de la competencia coherente y técnicamente confiable precisa de criterios objetivos que estructuren y fundamenten el proceso de evaluación: volumen de negocios fijado en base a parámetros neutrales y comprobables y cuota de mercado computada mediante métodos previsible. Es indispensable que el sistema normativo dé respuesta a las distorsiones a la competencia producidas por operaciones de concentración entre empresas; en tal sentido sería útil -a los efectos de garantizar la seguridad jurídica- ajustarse a paradigmas probados, aceptados y consolidados en la comunidad internacional, a la luz de la experiencia por ella adquirida (vgr. CEE 4064/89 y 1310/97).

### 1. DUDAS SOBRE LA EFICACIA DE LA LDC EN MATERIA DE CONTROL PREVENTIVO DE CONCENTRACIONES Y FUSIONES<sup>1</sup>

La LDC incorporó a nuestro sistema jurídico un concepto propio de concentración económica (art. 6); su art. 7° prohíbe concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser *disminuir*, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general\*.

El veto parcial del PEN (art. 1°, dec. 1019/99) eliminó del art. 8° la notificación previa y obligatoria de los actos de concentración que *impliquen la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al veinticinco por ciento (25%) o más del mercado relevante o de una parte sustancial del mismo*. Así, se distorsionó y limitó el ámbito de control de las concentraciones empresariales, situación que se agravó con las reglamentaciones a las que nos referiremos *infra*.

El decreto N° 89/2001 derogó la resolución N° 726/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería (28-9-99) que aprobó los lineamientos para el control de las concentraciones económicas de empresas y las normas de procedimiento para el trámite de las notificaciones obligatorias elaboradas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Aquel decreto también reglamentó el art. 8° de la LDC derogando la resolución N° 788/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería (19/10/99) que incluía dentro de las empresas afectadas a la

<sup>1</sup> Ley N° 25.156 LDC, derogatoria de la ley N° 22.262 (sancionada el 25/8/99 y promulgada el 16/9/99).

\* La *bastardilla* indica los términos del texto originario suprimidos por el veto parcial o por los decretos reglamentarios.

controlada y controlante, estableciendo un mecanismo de opinión consultivo y voluntario a cargo del Tribunal para determinar si una operación quedaba sujeta -o no- al control previo de concentración.

Esta modificación remitió a la oportunidad del control de concentraciones; lamentablemente se substituyó el control previo por otro *ex post*. Sus consecuencias no son menores, en tanto la dinámica de revisión efectuada con control previo tiene efectos fundamentales y positivos en la constitución de un sistema eficaz, ágil y pragmático, coadyuvando en la búsqueda de un resultado común en la mayoría de las decisiones, en tanto -cuando sea posible- se podrá negociar con las partes una solución a los problemas de competencia. Ese cambio debilitó el accionar del órgano de aplicación, limitando el control en a un mero trámite burocrático, necesario pero irrelevante.

Adicionalmente el dec. regl. N° 369/2001 del PEN (1/4/2001)<sup>2</sup> continuó desvirtuando la tésis de la LDC derogando el carácter potencial de la restricción o distorsión de la competencia en los mercados respecto de la autorización de las concentraciones económicas<sup>3</sup> y eliminando de la prohibición del art. 7° a aquéllas que puedan disminuir la competencia; así, la limitó directamente a las que la distorsionen o restrinjan.

También suprime la referencia al volumen de negocios mundial cuando: *del conjunto de las empresas afectadas se supere los dos mil quinientos millones de pesos*. Se mantiene únicamente el umbral de doscientos millones de pesos, referido al volumen nacional del conjunto de empresas afectadas (art. 8).

Se agrega otro inciso al art. 10° declarándose exentas de la notificación obligatoria del art. 8° las operaciones cuyo monto y valor de los activos situados en el país que se absorban, adquieran, transfieran o controlen, no superen -cada uno- los veinte millones de pesos, salvo

<sup>2</sup> Facultades conferidas por el art. 1° ap. I f) y II e) de la ley N° 25.414.

<sup>3</sup> Se argumentó que la ley en cuestión, contiene normas que perjudican la competitividad de la economía, en especial para la radicación de nuevas inversiones -locales y extranjeras- que incrementen la productividad y el crecimiento, afectando la eficiencia de la administración y su funcionamiento en esta materia. Las motivaciones alegadas en el decreto pueden sintetizarse en los siguientes conceptos:

- a) deben considerarse exclusivamente los efectos de las concentraciones respecto de la competencia en el país, independientemente del volumen internacional de los negocios de los adquirentes de unidades productivas;
- b) es necesario excluir de la autorización a aquellas concentraciones o adquisiciones cuyo valor no lo justifique, a pesar del volumen de negocios del adquirente y salvo que signifiquen el agregado de diversas operaciones individuales que en conjunto puedan afectar negativamente la competencia en el mercado de que se trate;
- c) deben atenuarse las cargas de las empresas involucradas en relación a las investigaciones de defensa de la competencia, a fin de evitar un procedimiento excesivamente reglamentarista.

que en el plazo de los doce meses anteriores se efectuaren operaciones que conjuntamente superen ese importe, o el de sesenta millones en los últimos treinta y seis meses<sup>4</sup> y siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

## 2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Las raíces de nuestro régimen de defensa de la competencia se inspiran en el concepto pragmático utilizado por la UE; sistema claramente diferenciado de la posición ideológica dogmática de las leyes *antitrust* de los Estados Unidos de Norteamérica, que no se analizarán aquí.

En el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) los arts. 81 y 82 (arts. 85 y 86 con anterioridad al 1-5-99, fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997) conceden a la Comisión la potestad de aplicar sanciones a las empresas que incurran en restricciones apreciables de la competencia o en abuso de posición dominante. El objetivo declarado de la norma es la transparencia, éste orienta sobre la forma en que la Comisión utiliza el concepto de mercado de referencia o mercado relevante para mantener un sistema de competencia en el ámbito de la Comunidad. Hasta el año 1989 por vía de interpretación extensiva de esta normativa se evitó -por ejemplo- que empresas en una posición dominante adquirieran el control de un competidor, reforzando así su dominio del mercado. Desde la óptica de la política de competencia -cabe reconocer- que este enfoque presentaba límites muy claros.

El Reglamento de la CEE 4064/89, modificado por el Reglamento 1310/97, introdujo un parámetro indispensable a la hora de definir en la práctica, la existencia de una modificación estructural permanente en el mercado como consecuencia de una operación de concentración empresarial; ésta es la clave de bóveda para un control eficiente.

Tal concepto medular -el del control- está presente en el art. 3° del Reglamento sobre concentraciones como elemento necesario para delimitar la noción de concentración comunitaria, definiéndolo como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa. El apartado 1° utiliza la noción de control para distinguir como modalidades fundamentales de concentraciones entre las fusiones y las adquisiciones de control único o en común; mientras que el apartado 4° determina a quien se considera como la persona o empresa que ha adquirido el control. Finalmente el apartado 5° exclu-

<sup>4</sup> Cabe destacar además, la deficiente técnica legislativa del decreto al prever su aplicación retroactiva a una fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley que reglamenta.

ye del ámbito de las concentraciones comunitarias las operaciones resultantes de tomas de participación de entidades financieras en otras empresas que no tengan como objetivo determinar directa o indirectamente sus actividades competitivas, o aquellas operaciones en las que el control es adquirido por una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con base en la legislación de un estado miembro, relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedor u otro procedimiento análogo.

En realidad más que excepciones, estas operaciones no pueden ser consideradas concentraciones en el sentido del Reglamento por un doble motivo: a) las empresas afectadas no tienen como objeto influir en la estrategia competitiva del ente adquirido y por ello no existe toma de control; y, b) este tipo de operaciones no revisten carácter permanente<sup>5</sup>.

Tanto el art. 3° del Reglamento sobre concentraciones como su interpretación y aplicación por la Comisión, no dejan dudas sobre cómo se define la existencia de control sin que resulte necesario su ejercicio fáctico. En este sentido es lógico al definir una concentración como un cambio estructural permanente; la determinación del control como una posibilidad objetiva no puede depender de la coyuntura de su ejercicio o de la voluntad o intención declarada de las partes. Esta "posibilidad" de ejercicio de una influencia decisiva en una empresa puede derivarse de: a) derechos de propiedad o del uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa y, b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, tanto cuando los que hayan adquirido el control sean titulares de estos contratos o derechos, como cuando simplemente los ejerzan.

La Comisión resaltó así la importancia de considerar las circunstancias fácticas, los factores económicos y los elementos jurídicos<sup>6</sup>; al atender a la realidad económica subyacente en el negocio se consideran elementos probatorios indirectos para demostrar la existencia de control sobre la empresa objeto de la operación y "descubrir" el ente que se encuentra "detrás", las fuentes de financiación y/o los vínculos familiares<sup>7</sup>.

De su lado, los factores a considerar para apreciar los efectos de las concentraciones son:

---

<sup>5</sup> Apartado IV- Excepciones de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 1998 C 66/5).

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 1998 C 66/5, puntos 9 y 10).

<sup>7</sup> Art. 3 del Reglamento (CE) 1310/97.

- a) la estructura de los mercados afectados,
- b) la estructura de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la UE,
- c) la posición en el mercado de las empresas participantes y su fortaleza económica y financiera,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y usuarios tras la concentración,
- e) la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta o la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) los intereses de los consumidores intermedios y finales,
- h) la evolución del progreso económico y técnico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia<sup>8</sup>.

### 3. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO DE LA CONCURRENCIA

En la Argentina la derogación de la resolución N° 726/99 produjo inseguridad jurídica y obstruyó la transparencia eliminando criterios objetivos que estructuran y fundamentan el proceso de evaluación. Estos son indispensables a consecuencia de la coetánea existencia de los efectos beneficiosos y perjudiciales derivados de las concentraciones económicas. Idénticas consecuencias devinieron del veto parcial del PEN (dec. N° 1019/99).

Los efectos horizontales directos de las concentraciones refieren a la adición de cuotas de mercado y éstos son las consecuencias más fácilmente identificables. En tal sentido, si bien la cuota de mercado no es el único factor relevante para meritar la compatibilidad de las concentraciones con el mercado, es el elemento más representativo de la posición que ocuparán las partes y sus competidores tras la concentración.

En el derecho comparado, encontramos una presunción *iuris tantum* de compatibilidad con el mercado. Esta resulta cuando la cuota agregada es inferior al 25 por 100%, por cuanto se estima que no suelen ser susceptibles de causar un impacto significativo<sup>9</sup>. Una cuota de mercado elevada puede ser el primer indicio de creación o refuerzo de una posición de dominio; ergo, es razonable fijar una presunción de *minimis*, dejando librado al análisis casuístico la presunción de creación o refuerzo de una posición de dominio.

<sup>8</sup> Art. 2 pto. 1) a) y b) del Reglamento sobre Concentraciones.

<sup>9</sup> Reglamento de Concentraciones de la UE, considerando 15.

El significado e impacto de altas cuotas de mercado debe juzgarse en función de su evolución en el tiempo, pues la posible presunción de dominio originada por éstas puede no confirmarse si su fluctuación es considerable de un ejercicio a otro. La entrada y salida constante de nuevos competidores es un indicio de competencia y de la capacidad de los operadores económicos para disciplinar el comportamiento de la entidad resultante de la concentración; también la evolución creciente o el mantenimiento de altas cuotas de mercado de las empresas que se concentran suele interpretarse como un indicio de fortaleza e incapacidad de los competidores para limitar su poder de mercado<sup>10</sup>.

El último elemento negativo fue incorporado por el dec. PEN N° 396/01 al eliminar el volumen de negocios internacional como parámetro del control de las operaciones que superan cierto umbral. Parece de toda obviedad que en un mercado como el argentino; los datos sobre volúmenes de negocios de las empresas afectadas a distintos niveles geográficos se enmarcan en la necesidad de conocer tanto la importancia económica y real de la operación, como el posible impacto en las condiciones de competencia a nivel mundial, regional y nacional.

#### 4. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL ORDENAMIENTO SOCIETARIO

Para reconocer una estructura jurídica de concentración deben considerarse la unidad de decisión económica, la estructura jurídica elegida y el control de los patrimonios de las empresas que se agrupan como vehículo para asegurar esa unidad de decisión<sup>11</sup>.

Pueden adoptarse distintos criterios de clasificación de tales estructuras, pero es suficiente -a los efectos de esta ponencia- distinguir entre los métodos de concentración: a) mecanismos propios del derecho societario que no alteran la estructura societaria (vgr. control interno directo o indirecto, grupos societarios financieros, sindicatos de accionistas, sociedad de sociedades) o alterándola (vgr. fusión, escisión) y, b) métodos contractuales (vgr. contratos de corregulación, agrupaciones de colaboración, *pools*, contratos de *managment*, uniones transitorias de empresas, formas contractuales de subordinación, etc.)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Los métodos de cálculo de las cuotas de mercado deben establecerse según sus características. Una regla general puede atender a la facturación anual de los operadores en términos de valor y no de volumen; ello permite agregar productos relativamente diferenciados o heterogéneos y reflejar -en cierta medida- el impacto de la marca en los usuarios.

<sup>11</sup> CHAMPAUD, Claude, "Los métodos de agrupación de sociedades", RDCO, año 2, 1969, pág. 118.

<sup>12</sup> Por todos, ver OTAEGUI, Julio, "Concentración Societaria", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984; págs. 76, 148, 194, entre otras.

La finalidad económica a la que sirve el mercado de control - que no es otra que la de propiciar la realización de operaciones de integración de empresas- puede encontrar su cauce a través de otros medios jurídicos de similar significación sustancial (vgr. fusión, escisión: cuando la parte escindida se transfiere a una sociedad existente o cesión de activos sociales).

La frecuente sustituibilidad económica de estos mecanismos, no puede ocultar la radical diversidad de sus respectivos presupuestos jurídicos; ello porque la materia de fusiones y adquisiciones no es nueva, pero las técnicas utilizadas en los últimos años -afecten o no la estructura societaria- detentan una renovada importancia, pues el firme asentamiento del mecanismo de concentración en el mercado no se correspondió con una correlativa preocupación legislativa que asegure un eficaz desenvolvimiento concurrencial.

Cabe efectuar las siguientes reflexiones: a) el concepto medular -en esta materia- es el de empresa y no el de sociedad y, b) la existencia de personalidad jurídica no es determinante en el terreno de la concurrencia, lo que aquí importa es la autonomía económica y política<sup>13</sup>. No es suficiente aprehender el funcionamiento de las concentraciones a través de conceptos exclusivamente societarios; este debe integrarse con otros elementos del sistema jurídico, que encuentran en la normativa concurrencial uno de sus mas claros ejemplos.

La experiencia de los países donde este derecho alcanzó un alto grado de desarrollo proporciona elementos y pautas que perfilan con precisión la función de control de los organismos técnicos estatales, esenciales para valorar la progresiva evolución de un mercado de libre competencia.

El control transparente de las concentraciones y su incidencia en el contexto económico argentino sigue siendo hoy un problema irresuelto y carente de seguridad jurídica.

El propósito de este trabajo es advertir sobre la existencia de un punto de inflexión que ha sido frecuentemente desdeñado: la utilidad de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos a la luz de la ciencia económica.

Resulta necio negar la relevancia de las distorsiones surgidas de las concentraciones empresariales; y poner en claro el interés respecto del marco teórico que la materia debe contemplar, por la influencia sustancial que tendrá en las decisiones de los operadores económicos.

---

<sup>13</sup> SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Concentración empresarial y defensa de la competencia en el Mercosur". Anuario de Derecho V, Universidad Austral, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 188.