



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Consejo de Redacción:
José María Medrano
Carlos R. Sanz
Fernando M. Bosch

Notificación de operaciones de concentración económica. Criterios de la Comisión Nacional de la Competencia

POR RICARDO MUÑOZ DE TORO Y MARIANA REBOLO

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. MECANISMO DE CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ECONÓMICAS EN LA ARGENTINA. — III. OPINIONES CONSULTIVAS. CRITERIOS DE LA CNDC. A. CONTROL PREEXISTENTE. B. CÁLCULO DE VOLUMEN DEL NEGOCIO TOTAL. CONCEPTO DE EMPRESA AFECTADA. C. TRANSFERENCIA DE ACTIVOS, MARCAS O CLIENTELA. D. TOMA DE CONTROL E INFLUENCIA DETERMINANTE. REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. E. ADQUISICIÓN DE ÚNICA EMPRESA EN EL PAÍS POR ÚNICA EMPRESA EXTRANJERA. F. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EFECTUADAS EN EL EXTERIOR. G. USUFRUCTO. H. LOCACIÓN DE UN BIEN INMUEBLE. I. CONVENIO DE ACCIONISTAS.

I Introducción

Gran parte de las concentraciones económicas que se producen en los diferentes mercados generan diversas consecuencias desde el punto de vista del derecho de la competencia. En algunos casos, los efectos provocados por las mismas pueden resultar beneficiosos para el mercado en el cual se generan, en tanto que, en otros, se pueden configurar actos lesivos para el interés económico general desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Ahora bien, ¿por qué las empresas toman la decisión de concentrarse económicamente? Uno de los objetivos básicos que tiene toda empresa privada es el de maximizar sus beneficios y, al concentrarse, obtener un mayor poder de mercado conjunto (que significa para ellas la posibilidad de incrementar los precios) o mejorar el nivel de eficiencia productiva del grupo, con la consiguiente ventaja de poder disminuir los costos operativos.

Sin embargo, la posibilidad de incrementar los precios dentro de un mercado genera una redistribución de los ingresos dentro del mismo, que va desde los consumidores y empresas que quedan fuera del grupo concentrado hacia las empresas que conforman la nueva unidad económica. Entonces, se restringe la oferta de los bienes o servicios para elevar el precio de los mismos y obtener así un lucro mayor.

Si el objetivo de la concentración es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva, los costos pueden ser disminuidos por diversos medios. El nuevo grupo económico puede ser más eficiente utilizando sus recursos de modo de evitar duplicaciones en las tareas e incorporar tecnologías más económicas. Puede también aumentar la especialización de su personal o de sus equipos o suceder que el aumento de la eficiencia provenga del reemplazo de una administración peor por una mejor derivada, quizás, de la competencia desatada entre el *management* de cada una de las empresas concentradas para demostrar cuál es la que tiene la mayor capacidad de gestión. En definitiva, este incremento produce una reducción de los costos y desplaza la curva de oferta de los mercados involucrados.

II Mecanismo de control de las concentraciones económicas en la Argentina

En nuestro país, de conformidad con las disposiciones establecidas por la ley 25.156 [EDLA, 1999-B-102] (la "Ley de Defensa de la Competencia"), las operaciones que culminan en concentraciones económicas generan, para las partes involucradas, el deber de (i) informar acerca del modo en que dicha concentración se llevará a cabo y (ii) solicitar la aprobación de las transacciones vinculadas con la misma. Dicho deber es cumplido de conformidad con el procedimiento expresamente establecido por el decreto reglamentario de la Ley de Defensa de la Competencia y la resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y el Consumidor [EDLA, 2001-A-450]. Si bien la Ley de Defensa de la Competencia designa como autoridad de aplicación al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (el "TDC"), hasta tanto el mismo sea constituido, la regulación del procedimiento de notificación de las concentraciones estará a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la "CNDC").

De este modo, aquellas fusiones que no resulten ser un riesgo para la competencia en un determinado mercado, podrán ser aprobadas a través de un nuevo mecanismo, semejante a un *fast-track* o vía rápida. El mismo consta de tres etapas sucesivas en las cuales la parte interesada debe presentar, gradualmente, toda la información relativa a la transacción ante el TDC. Sólo en aquellos casos en los cuales la información presentada en una de las etapas fuera insuficiente, el TDC solicitará el pase a una nueva etapa, fijando entonces nuevos plazos y aranceles.

Por otra parte, se ha establecido un mecanismo de opinión consultiva con la finalidad de evitar presentaciones innecesarias ante las autoridades de Defensa de la Competencia, encomendando a dicha entidad que determine si una cierta operación está o no sujeta a control previo. Se trata de un procedimiento netamente voluntario y exige el dictado de una opinión por parte del TDC, el cual deberá emitirla dentro de los diez (10) días de efectuada la presentación pertinente⁽¹⁾.

Por otra parte, la resolución 164/01⁽²⁾ aprueba los lineamientos para el control de las concentraciones económicas (los "Lineamientos") con el objeto de describir los criterios generales que debe seguir la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al analizar aquellas concentraciones que son notificadas en virtud de dicha ley⁽³⁾. Cabe destacar que, si bien los Lineamientos no resultan ser vinculantes para la autoridad de aplicación, constituyen una herramienta eficaz que debe ser tenida en cuenta por las empresas intervinientes en una operación de concentración económica.

y las barreras a la entrada en el mismo, (iii) la competencia proveniente de productos importados, (iv) las ganancias de eficiencia productiva generadas por la concentración y (v) la definición de concentración vertical y concentración de conglomerado.

(4) Analizamos las Opiniones Consultivas N° 1 a 150. Sin embargo, hemos soslayado diversos temas que, por la particularidad de los casos en los cuales han sido planteados, no constituyen, a nuestro entender, criterios de interpretación de la CNDC que puedan ser considerados determinantes. Asimismo, destacamos que las opiniones consultivas emitidas por la CNDC en-

III Opiniones consultivas. Criterios de la CNDC

A nuestro entender, las opiniones consultivas constituyen un elemento indispensable a considerar a la hora de determinar si una operación está o no sujeta a notificación previa de conformidad con lo previsto por la Ley de Defensa de la Competencia. Es por ello que nuestro objetivo es efectuar un breve resumen descriptivo de los criterios de interpretación más relevantes adoptados por la CNDC en su carácter de actual órgano de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en el marco de las resoluciones dictadas por dicha entidad respecto de las opiniones consultivas solicitadas entre el 12 de octubre de 1999 y (primera petición) y el 30 de noviembre de 2001.

A los efectos de facilitar la comprensión de los criterios adoptados por la CNDC en cada caso, los mismos estarán divididos por materia según su tratamiento específico⁽⁴⁾.

A. Control preexistente

La CNDC ha considerado que en aquellos casos en donde todas las empresas involucradas en una fusión, estuvieran bajo un único control, que excluyera la existencia de un poder de decisión autónomo en cabeza de las mismas, no habrá toma de control a los efectos de la Ley de Defensa de la Competencia. Es decir, aquellas operaciones que no importen una toma de control, sea porque el adquirente ya lo tiene o porque la operación no tiene tal objeto, no quedarán encuadradas en el art. 6° de la Ley de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, no estarán sujetas a la obligación de notificación previa⁽⁵⁾. Asimismo, en la Opinión Consultiva N° 63 de fecha 28 de agosto de 2000, la mencionada entidad ha opinado que en todos los casos en los cuales el comprador posea más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, trátase de un control ejercido en forma conjunta o exclusiva, la adquisición estará exenta de notificación.

B. Cálculo del volumen del negocio total. Concepto de empresa afectada

El art. 8° de la Ley de Defensa de la Competencia⁽⁶⁾, expresamente, dispone que deberán ser notificados para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, publicación de la oferta de compra o canje, o adquisición de una participación de control "[...] los actos indicados en el art. 6° de esta ley cuando la suma del volumen del negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) [...]".

Surgen de este artículo dos cuestiones relevantes: cómo debe calcularse el volumen de negocios total y qué empresas deben incluirse en dicho cálculo.

Con relación al primer punto, la CNDC ha considerado que a los efectos de determinar el volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas no corresponde la deducción de las ventas al exterior del país por cuanto la Ley de Defensa de la Competencia no hace ninguna mención a ese respecto⁽⁷⁾.

En el caso particular de los fondos de inversión, ha

(1) Así es como el decreto reglamentario, en el punto 4 del art. 8°, expresamente dispone "[...] deberá establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar si una operación está sujeta al control previo previsto por el art. 8° de la ley 25.156. La presentación de las partes involucradas a dicho mecanismo será voluntaria [...]".

(2) Publicada en el Boletín Oficial el 30 de noviembre de 2001.

(3) Entre otros aspectos, los lineamientos brindan un análisis respecto de: (i) la definición de mercado relevante y la medición de una concentración en dicho mercado, (ii) el cálculo de las participaciones en el mercado relevante

cuentran su sustento fáctico en lo descripto por los presentantes. En consecuencia, cualquier modificación u omisión de las circunstancias relatadas en cada presentación, pueden tornar inaplicable los conceptos vertidos por dicha entidad.

(5) Opinión Consultiva N° 6 del 25 de noviembre de 1999 y Opinión Consultiva N° 21 del 24 de octubre de 2000.

(6) Texto según las modificaciones introducidas por el decreto 396/01, publicado en el Boletín Oficial el 5 de abril de 2001.

(7) Opinión Consultiva N° 8 del 7 de diciembre de 1999.

considerado inadecuado el cómputo del volumen de negocios de los mismos sobre la base de los montos aportados por los socios, el valor de las inversiones realizadas o los montos que los socios se han comprometido a aportar. El volumen de negocios no debe ser calculado como una cifra carente de dimensión temporal, sino que debe referirse a un período determinado. En este supuesto, el volumen deberá calcularse según los ingresos obtenidos a partir del ejercicio de sus actividades (intereses y productos asimilados, rendimiento de títulos, comisiones cobradas, beneficios netos de inversiones financieras, etcétera)(⁸).

A los fines de establecer el alcance del concepto "empresa afectada" la CNDC, en la Opinión Consultiva N° 26 ha dispuesto que, cuando existe adquisición del control de una empresa, si bien el vendedor resulta ser una parte importante que interviene en la operación, no debe tenerse en cuenta al momento de determinar las empresas afectadas por cuanto su intervención finaliza una vez consumada la operación, dejando de ejercer el control. Además, los efectos en el mercado se producen a partir de la concentración de la adquirente y adquirida y no de la empresa vendedora que se aleja del mismo(⁹).

C. Transferencia de activos, marcas o clientela

En el caso de las concentraciones económicas derivadas de una transferencia de activos, debe entenderse por tales a aquellos que permitan el desarrollo de una o varias actividades, a las que se les pueda atribuir un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios originado en la naturaleza de generar asuntos de naturaleza económica(¹⁰). En este sentido, en la Opinión Consultiva N° 98(¹¹), la CNDC ha incluido dentro del concepto de activos referido en la Ley de Defensa de la Competencia a la titularidad sobre un permiso de exploración.

Con relación a una consulta formulada respecto de la transferencia de una marca comercial, la CNDC consideró que tratándose de la transferencia de una marca en uso, el vendedor estaba transfiriendo también la clientela, toda vez que los consumidores asociarían la marca a la calidad del producto y, al desplazarse la clientela de un competidor a otro, se estaría produciendo una concentración económica sujeta a notificación previa(¹²).

D. Toma de control e influencia determinante. Reestructuración empresarial

Tratándose de una adquisición de un porcentaje minoritario de acciones de una empresa, en principio no habría cambio en el control societario de la misma como así tampoco una influencia determinante en la toma de decisiones de administración. Sin embargo, existen supuestos en los cuales se otorgan al adquirente ciertos derechos tendientes a proteger el valor del patrimonio por él invertido que se traducen en un derecho de veto impeditivo sobre ciertas decisiones de índole extraordinaria. Aquí, la CNDC ha entendido que los derechos de veto serán aptos para otorgar control sobre una empresa cuando se refieran a decisiones estratégicas sobre políticas comerciales de la empresa, tales como el presupuesto, programa de actividades, plan de negocios o nombramiento de altos directivos. En cambio, los derechos de veto otorgados a accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses como inversores no dan lugar a ningún tipo de control(¹³).

Asimismo, la CNDC se ha referido a la delimitación del concepto de toma de control, el cual no necesariamente debe ser el sentado en la ley 19.550 [ED, 42-243 y EDLA, 1984-161] de Sociedades Comerciales. En este sentido, ha opinado que a los fines de establecer el alcance del concepto para la Ley de Defensa de la Competencia se deben tener en cuenta no sólo las relaciones de control internas y externas, sino también las de hecho y de derecho, es decir, tomando un concepto más amplio que el estrictamente jurídico que se verifica cuando se adquiere el control a través de la adquisición de la mayoría de acciones y de los votos(¹⁴).

Las operaciones de fusión entre empresas o reestructuraciones de un mismo grupo empresario no configuran supuestos de concentración en los términos del art. 6° de la ley de Defensa de la Competencia en aquellos supuestos en los cuales no se produce toma de control alguna, es decir, cuando las empresas fusionadas siguen manteniendo a sus controlantes iniciales(¹⁵).

E. Adquisición de única empresa en el país por única empresa extranjera

En la Opinión Consultiva N° 11, la CNDC ha sostenido que la utilización de una sociedad comercial constituida en la Argentina al solo efecto de la operación y siempre que la misma se encuentre inactiva, o no haya sido activada y, además, no posea ningún tipo de activo en la Argentina, no constituiría *prima facie* obstáculo para encuadrar la operación en la exención dispuesta por el art. 10, inc. c) de la Ley de Defensa de la Competencia(¹⁶).

F. Operaciones de concentración efectuadas en el exterior

Respecto de los supuestos de operaciones de concentración realizadas en el exterior, cabe destacar que la CNDC, en sus comienzos, ha dejado sentado el siguiente principio: "[...] los actos o contratos llevados a cabo en el exterior podrán producir efectos en el país siempre y cuando las empresas tengan afincados en nuestro territorio empresas, locales comerciales o simples representaciones a través de las cuales se gestionan y explotan los intereses comerciales de las firmas extranacionales. Dada esta premisa, difícilmente un acto aislado de una o más empresas extranjeras pueda tener repercusión en el mercado local, lo cual si bien no es imposible, sería un caso excepcional [...]"](¹⁷).

Asimismo, ha aclarado que sólo resultan alcanzadas por la exención del art. 10, inc. c) de la Ley de Defensa de la Competencia aquellas adquisiciones en las que el comprador desarrolla su primera actividad en el país, pero no aquellas en las cuales el comprador ya desarrollaba una actividad, tornándose irrelevante que la actividad sea idéntica o diferente a la del objeto de la potencial transacción(¹⁸).

En reiteradas opiniones consultivas, la CNDC consideró que, a fin de que una operación de concentración efectuada en el exterior pueda producir efectos en el mercado nacional, debe existir sustancialidad y habitualidad en las importaciones involucradas. Además, ha determinado que si las ventas locales de las empresas involucradas resultan poco significativas, no generan efectos locales sustanciales a los fines de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia(¹⁹).

a la designación de los directivos (conf. VERÓN, ALBERTO V., *Ley de Sociedades Comerciales comentada, anotada y concordada. Actualización*, arts. 1° a 162, Astrea, Buenos Aires, 1993, págs. 24 y 25).

(15) Opinión Consultiva N° 29 del 15 de febrero de 2000. Opinión Consultiva N° 40 del 27 de abril de 2000. En igual sentido, puede verse la Opinión Consultiva N° 148 del 20 de noviembre de 2001 y Opinión Consultiva N° 150 del 26 de noviembre de 2001.

(16) El art. 10, inc. c) de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que estarán exentas de la notificación obligatoria "[...] las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina [...]".

(17) Opinión Consultiva N° 4 del 15 de noviembre de 1999.

(18) Opinión Consultiva N° 23 del 24 de enero de 2000.

(19) Opinión Consultiva N° 105 del 26 de marzo de 2001 y Opinión Consultiva N° 118 del 18 de mayo de 2001.

(20) Opinión Consultiva N° 86 del 10 de enero de 2001. En igual sentido, Opinión Consultiva N° 95 del 12 de febrero de 2001.

(21) Emitido el 20 de noviembre de 2001.

(22) Opinión Consultiva N° 80 del 19 de diciembre de 2000.

G. Usufructo

En la Opinión Consultiva N° 7 del 29 de noviembre de 1999, la CNDC consideró que la operación descrita debía ser notificada por cuanto se trataba de un usufructo a título oneroso y con plazo determinado de un predio en el que se explotaba una estación de servicio y un fondo de comercio, por lo que el usufructuario tomaba el control de la empresa desde el momento en que la explotación pasaría a ser de su cuenta.

H. Locación de un bien inmueble

En relación con esta figura, la CNDC ha entendido que la locación de un bien inmueble no debe ser notificada en los términos del art. 8° de la Ley de Defensa de la Competencia si no se efectúa transferencia de unidad de negocio alguna(²⁰).

En cambio, tratándose de un contrato de locación mediante el cual se ceden ciertos activos a los que puede atribuirse un volumen de negocios, la operación podría estar sujeta a notificación previa. En este supuesto adquiere relevancia el plazo de duración de la transmisión de los activos. En la Opinión Consultiva N° 147, la CNDC consideró que cuando los activos transmitidos mediante una locación son de utilización estacional, el plazo de duración de dos años es un período razonable que no producirá cambios en la estructura de las empresas afectadas y, por ende, no requiere de notificación previa(²¹).

I. Convenio de accionistas

Las consecuencias de un convenio de accionistas, cuando se trate de un voto de carácter impeditivo, no tienen la entidad suficiente para ser considerado como de administración extraordinaria en los términos del art. 6° de la Ley de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, queda exenta de notificación(²²).

JURISPRUDENCIA

Mediación y Conciliación:

Ley 24.573: tacha de invalidez constitucional; rechazo. **Recurso Extraordinario:** Procedencia: impugnación constitucional de una ley de la Nación.

1. — El sistema de mediación instituido por la ley 24.573 no lesiona lo dispuesto por los arts. 109 y 116 de la Constitución Nacional, pues el mediador no ejerce función jurisdiccional sino una actividad de aproximación de las partes mediante técnicas conciliatorias a fin de que aquéllas arriben a la solución del conflicto. Actividad que, por lo demás, está fuertemente reglada y cuyo desempeño está condicionado a la habilitación bajo condiciones que la ley y su reglamentación establecen.
2. — El carácter obligatorio del procedimiento de mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia, pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita —y en breve tiempo— la vía judicial.
3. — Cabe rechazar la tacha de invalidez constitucional referida a los caracteres de la ley 24.573 y a los límites impuestos al procedimiento en razón de la materia —especialmente, la exclusión de los procesos que requieren una protección judicial de urgencia, art. 2°, incs. 5°, 6° y 7° de dicha ley—, pues el acierto, la conveniencia o la eficacia del régimen instaurado constituye una cuestión de política legislativa, ajena a la decisión jurisdiccional de los magistrados.
4. — El recurso extraordinario federal es formalmente admisible, por cuanto se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de una ley de la Nación, y la decisión impugnada ha sido contraria a su validez.
5. — La inconstitucionalidad de la ley 24.573 declarada por la

(8) Opinión Consultiva N° 16 del 20 de enero de 2000.

(9) En igual sentido, Opinión Consultiva N° 107 del 4 de abril de 2001.

(10) Opinión Consultiva N° 30 del 17 de febrero de 2000, Opinión Consultiva N° 83 del 27 de diciembre de 2000, Opinión Consultiva N° 93 del 29 de enero de 2001 y Opinión Consultiva N° 130 del 30 de julio de 2001.

(11) Emitida el 15 de febrero de 2001.

(12) Opinión Consultiva N° 10 del 20 de noviembre de 1999 y Opinión Consultiva N° 84 del 10 de enero de 2001.

(13) Opinión Consultiva N° 9 del 18 de diciembre de 1999.

(14) Opinión Consultiva N° 135 del 2 de agosto de 2001. Cabe destacar que la interpretación realizada por la CNDC con relación al concepto de control establecido por el art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales resulta ser congruente con la opinión vertida por gran parte de la doctrina que interpreta que la norma referida contempla la hipótesis de control de hecho. En este sentido, autores como FERRO ASTRAY reconocen (i) el control de hecho, ejercido a través de vínculos contractuales tales como préstamos de magnitud, por el cual la empresa controlante, en base a su influencia económica, puede imponer, desde el exterior, un determinado comportamiento a la Asamblea y a los administradores y (ii) el control de derecho, ejercido a través del derecho a determinar la voluntad social, principalmente en cuanto