

# LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SUS EFECTOS SOBRE LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES

ANDRÉS ZENARRUZA

## INTRODUCCION

Recientemente (1) con el número 25.156 fue sancionada la nueva ley de defensa de la competencia, confirmando así, que la legislación reguladora de la competencia fue una de las ramas del Derecho que mayor desarrollo experimentó a lo largo del siglo XX (2). La nueva ley, en sintonía con la legislación comparada moderna prestó particular atención a la regulación del fenómeno concentracionista de la actualidad, de ahí que destinara un capítulo entero para regularlo.

En el presente trabajo haremos una breve reseña de los diferentes modos de concertación empresaria y analizaremos cómo la nueva ley de defensa de la competencia los regula para evitar que estas afecten la libre concurrencia del mercado.

## Generalidades

Comprender la razón de la importancia de la regulación de la competencia requiere unas aclaraciones previas. Existen, según una clasificación a la que adherimos (3), dos formas de afectar la libre

---

(1) La ley 25.156 derogatoria de la ley 22.262 fue sancionada el 8 de agosto de 1999 y promulgada por el decreto 1019 el 16 de septiembre de 1999.

(2) En el desarrollo de legislación reguladora de la competencia el punto de partida está dado en el derecho comparado por la sanción en 1890 de la llamada Ley Sherman Antitrust modificada en varias oportunidades, complementada a su vez por la Ley Clayton de 1914.

(3) Sobre esto recomendamos *ver Cabanellas Guillermo, Derecho Antimonopólico*. Ed. Heliasta 1983. Pág. 593.

conurrencia de los mercados. Por un lado encontramos conductas que tienen efectos sobre los aspectos dinámicos de la competencia y por el otro, conductas que tienen efectos sobre los elementos estructurales de la competencia. Mientras las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia suponen una alteración inmediata de las acciones económicas que dan lugar a la existencia de un mercado, las conductas que inciden sobre los aspectos estructurales de la competencia suponen modificar elementos que permiten, a su vez, la existencia de la libre concurrencia en los mercados. Así, una conducta que afecta los elementos dinámicos de la competencia implicará alterar los precios vigentes en un mercado, el volumen de la oferta a él dirigido, la división de la demanda entre las distintas empresas que allí operan u otros componentes de las conductas que, en conjunto, constituyen el citado mercado. Por otra parte una conducta con efectos estructurales afectará, por ejemplo, la identidad de los propietarios de las empresas que operan en cierto sector, el número de éstas o la independencia de sus respectivas administraciones.

Las concentraciones económicas (4) son conductas que pueden afectar los elementos estructurales de la competencia, ya que por ejemplo con una fusión (ejemplo típico de concentración empresarial), se modifica el número empresas que operan en un sector determinado, ya que por ejemplo donde antes existían dos empresas tras la fusión existiría una sola (5). La gravedad de conductas con efectos estructurales sobre la competencia se encuentra en que este tipo de conductas tendientes a la concentración económica desvirtúan la libre concurrencia en el mercado, ya que donde antes había un mercado atomizado con varios oferentes hay otro con menos cantidad de oferentes que además por su mayor volumen y capacidad de producción pueden impedir la competencia del resto.

## CONCENTRACION ECONOMICA

### Antecedentes

Desde la segunda mitad del siglo XIX hacia nuestros días puede observarse un incremento en el desarrollo industrial reflejado en

---

(4) Ver más adelante las diferentes formas de concentración empresarial.

(5) Ya sea porque *dos o más sociedades, se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que sin liquidarse son disueltas*, art. 82, Ley 19.550.

un aumento de la producción y del comercio (6). Este incremento en la producción, resultado de los grandes avances tecnológicos que se iban produciendo necesitaba de mayores inversiones de capital por lo que fue concentrándose cada vez más en menos titulares, quienes a su vez fueron adquiriendo una mayor riqueza (7). Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio mercantil, originó lo que podría denominarse “revolución empresarial”, consistente en la búsqueda del adecuado dimensionamiento empresarial necesario para alcanzar una mayor eficiencia.

Fue a poco de comenzada la llamada “*era industrial*”, es decir a partir del primer tercio del siglo XIX, que se operó un cambio en las relaciones comerciales, que años más tarde se profundizaría luego de los acontecimientos, políticos, económicos y sociales que siguieron a la Primera Guerra Mundial. Tales cambios, impulsados por una nueva realidad que requería respuestas originales, determinaron decididamente la construcción de un nuevo modelo de economía, al cual el derecho no pudo permanecer indiferente. Por el contrario, por necesidad de adaptación, nacieron institutos jurídicos originando a su vez un nuevo orden jurídico como instrumento del nuevo orden económico, primero, y después como instrumento para su mantenimiento. Este fenómeno económico moderno, llamado *de integración o concentración empresarial*, se presenta en el mundo jurídico a través de fórmulas variadas que no resultan sencillas de sistematizar en una clasificación que las incluya a todas (8).

---

(6) Este desarrollo industrial, resultado principalmente del descubrimiento del motor a vapor, tuvo lugar en sus comienzos en Gran Bretaña, extendiéndose posteriormente a otros países Europeos como Alemania y Francia y a otros no Europeos como Estados Unidos y Japón. Sobre este tema ver *Hosbawm Eric, La era del Capital. Crítica. Barcelona.*

(7) En este sentido es importante diferenciar aquí a los Estados Unidos quienes prefirieron proteger y fortalecer su industria mediante políticas proteccionistas, de otros países como Inglaterra quienes hicieron del libre comercio internacional su mejor política.

(8) A modo de enumeración, y sin perjuicio del análisis posterior sobre algunos de ellos vale la pena mencionar diversos actos con efectos estructurales sobre la competencia. Tales son: Fusión; Compras de Acciones; Compra de activos, de una empresa por una sociedad competidora, abastecedora o cliente; Compras de acciones, participaciones de capital o activos por persona que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, abastecedoras o clientes; Sociedad Holding; Participaciones recíprocas; Directorios u órganos de administración comunes; Operaciones en relación con los derechos políticos derivados de acciones u otras participaciones societarias; Empresas conjuntas; Conglomerados; contratos de administración y dirección.

## La concentración empresarial

Los empresarios siempre buscan su progreso, procurando aumentar el rendimiento y expansión de sus negocios, y para lograrlo producen reestructuraciones en los tamaños de las empresas. Uno de los procedimientos más usuales para lograr esto es el que se da mediante el sistema de concentraciones, es decir cuando se asocian en distinto grado de intensidad dos o más empresas en una sola, o cuando se deriva en que una o más empresas pasan a ser dependientes o vinculadas de otra, o al menos subordinadas de ella. Si bien este desarrollo tuvo y tiene su epicentro en los países más desarrollados (9) no es del todo ajeno a la realidad Argentina, especialmente después de la apertura económica vivida en el país en los últimos años. Hoy en la Argentina existe un aumento de la producción —tanto de bienes y servicios— que es, irónicamente, cada vez más concentrado en pocos titulares, quienes a su vez para poder competir con los productores extranjeros deben maximizar sus recursos y aunar fuerzas.

Sostenemos la necesidad de una regulación, en esta materia ya que de permitirse que una empresa tome total control del mercado en el que compiten sus productos se podría llegar a supuestos donde cese de existir la libre concurrencia en el mercado con el serio riesgo de caer en un mercado monopólico. Una economía con estas características podría llevar a la desaparición de empresas que víctimas de la ventaja que tendría un competidor de mayor volumen y recursos dejarían de ser competitivas. Es justamente para regular estas consecuencias tan nocivas que se han sancionado en el mundo leyes que regulan los efectos que este tipo de conductas puedan tener en el mercado (10). Por supuesto, no es fácil encontrar el límite teórico hasta donde la concentración es beneficiosa como método apto para el crecimiento de las empresas —con el beneficio directo para ellas e indirecto para la comunidad—, y a

---

(9) En los Estados Unidos por ejemplo, en 1902 se produce en un muy breve tiempo un gran proceso de concentraciones, posteriormente a mediados de este siglo también en los Estados Unidos hubo un segundo gran movimiento de fusiones probablemente causado por el creciente industrialismo y por los movimientos regionales de integración especialmente en Europa donde se producen importantes fusiones para contrarrestar la fuerza penetrante de la economía americana.

(10) En los Estados Unidos la Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914 con sus respectivas reformas legislaron en esta materia, el derecho americano ha mirado con disfavor la excesiva concentración, en Europa, en cambio si bien siempre se ha tratado de considerar los derechos de los consumidores se ha aceptado la legitimidad de las concentraciones de empresas siempre que no se pruebe lo contrario. En 1989 mediante el Reglamento del Consejo 4064/89 que regula la materia a nivel comunitario el cual establece el control previo por parte de la comisión europea.

partir del cual aparecen los perjuicios para los habitantes por la eliminación de la competencia, la creación de monopolios, y con ello la distorsión de los precios. La pregunta a resolver sería cuándo mediante las concentraciones se afecta el interés económico general de modo de necesitarse su regulación.

### **Modos de Concentración**

Son variadas las formas (11) que adoptan las empresas en su búsqueda de expansión y mejor rentabilidad para sus inversiones. Algunas de esas formas de concentración se hacen desde un plano de igualdad mientras que por el contrario otras se hacen con una sociedad con mayor control de la situación pudiendo imponer las modalidades de la coordinación. No tenemos dudas que las distintas realidades de cada una de las partes determinarán cuál predominará sobre la otra al momento de aunar fuerzas por una actividad mancomunada.

Las concentraciones pueden realizarse mediante participaciones de una sociedad en otras, es decir en grupos con dirección unificada o sin ella; y sin participaciones, mediante acuerdos de coordinación, con subordinación económica o sin ella. Las distintas modalidades de concentraciones han sido clasificadas de diversas maneras por la doctrina. Se distingue entre aquellas que se dan en un plano vertical y otras que lo hacen en un plano horizontal (12), y entre aquellas en las cuales los sujetos no pierden la autonomía jurídica, de aquellos en los que hay pérdida de ella como es el caso de la fusión.

### **Niveles de Concertación**

Se distingue en doctrina dos niveles de concentración: Concentración primaria y Concentración secundaria.

---

(11) Ver nota al pie número 8.

(12) Lo primero cuando se unen elementos que hacen a las distintas etapas de la producción, de arriba hacia abajo se coordinan los pasos desde la extracción de la materia prima hasta su venta al consumidor. La concentración vertical no necesita imperiosamente que se incluyan todas las facetas de esa cadena industrial y comercial sino que puede abarcar algunas de ellas. La concentración horizontal, en cambio, se da cuando las empresas que se vinculan desarrollan actividades en un mismo nivel, todas operan en la producción de un determinado bien, o todas se dedican a la distribución o al suministro de mismo bien, sin comprender todos los eslabones de la producción, o comercialización. *O. Solari Costa, Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de sociedades. Ed Ad-Hoc. 1996. Pág. 43.*

### **i) Concentración Primaria**

La encontramos en el caso en que el crecimiento está circunscrito a una sola persona jurídica únicamente. Es la referida al auto crecimiento de una sola empresa a través de un aumento de capital, de un aumento territorial o de ambas cosas funcionando conjuntamente. El *aumento de capital* se concreta: a través de capitalización de utilidades, a través de nuevos aportes de los socios, o a través del lanzamiento de una oferta pública o privada de nuevas suscripciones, es decir, vía incorporación de nuevos socios. El *aumento territorial* se concreta: a través de la creación de sucursales en el país, o a través de la creación de sucursales, representaciones permanentes o filiales en el extranjero.

### **ii) Concentración Secundaria**

En este caso encontramos dos o más personas jurídicas que interactúan a través de alguna de las modalidades descritas a continuación. No está de más aclarar que esta denominación es aplicable también a los casos en que la conjunción se dé entre una persona física y una jurídica. Según el grado de vinculación entre las empresas intervinientes podemos esquematizarla desde una situación de mínima vinculación hacia una de máxima como sería el caso de la fusión. Entonces tenemos:

**A) Agrupamientos contractuales de carácter coordinativo de empresas** (con relación de absoluta independencia jurídica y de decisión entre ellas) y en estos casos encontramos:

A1) *La correulación de la competencia* a través del reparto del mercado entre pocas empresas (13).

A2) *Las agrupaciones de colaboración de empresas*, con finalidad mutua (14).

---

(13) La figura típica de este modo de vinculación es la creación de las *Cartells o carteles* consistentes en: la fijación o concertación de precios únicos y de cantidades de un determinado bien que serán expedidos en un determinado mercado. Las empresas vinculadas por medio de estas prácticas colusorias, consiguen actuar en forma predatoria con los precios vendiendo muy por debajo de los precios establecidos por el juego de la oferta y la demanda, impidiendo de ese modo, el ingreso a ese mercado de eventuales competidores. La conclusión para un empresario que quiera entrar a competir sería: *a los precios que estas empresas venden es imposible vender y me veo obligado a retirarme de ese mercado.*

(14) Este sistema de agrupamiento, que se concreta a través de contratos de colaboración empresarial, queda reservado exclusivamente a personas jurídicas, la finalidad no es la de obtener lucro directo desde la actividad misma (siendo esta finalidad expresamente vedada por la ley de Sociedades comerciales en el artículo 368), sino que tratan de conseguir un beneficio para su propia actividad

A3) Los *agrupamientos para la coparticipación de los resultados provenientes de un negocio transitorio*. En esta categoría encontramos: a las *Uniones Transitorias de Empresas* (15) y a los llamados *Joint Ventures* (16).

**B) Agrupamiento contractual de empresas en relación de subordinación y Control.** Determinado por varias sociedades con órganos de administración formalmente independientes, aunque con una dirección común. Las modalidades que encontramos aquí son: *El Grupo Económico* también llamado *Grupo Societario* (17), y el  *Holding* (18).

Así llegamos a la máxima forma de concentración empresarial que es la fusión.

---

empresarial (facilitándola, abaratando costos, mejorando la calidad, disminuyendo riesgos, etc.). Son organizaciones con la finalidad común de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de incrementar o perfeccionar el resultado de tales actividades. Una copia del contrato debe ser remitido a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia.

(15) Consiste en un vínculo contractual transitorio y a través del cual las empresas se reúnen para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto (o sea, limitado a un fin). A diferencia de la figura de la agrupación de colaboración, aquí sí los participantes buscan obtener un lucro directo y, en algunos casos, utilidad indirecta por el beneficio que la actividad de la unión llegue a significar para los propios trabajos o negocios, llevados a cabo independientemente, por alguna de las empresas participantes.

(16) Es una forma del derecho anglosajón y su figura es la de una *partnership* cuyo objeto se encuentra limitado a un solo y único negocio. Cuando los tribunales se encontraron con corporaciones que habían entrado en una relación que debía calificarse de *partnership* recurrieron, para evitar la aplicación de una doctrina que prohibía tal participación, a una distinción. Para ello utilizan la expresión *Joint Venture*, la relación que allí existe de la coparticipación en un proyecto específico, a la que se le aplican las reglas de *partnership* pero respecto de la cual, al no llamarse "*partnership*" sino de otro modo, la norma prohibitiva no es aplicable.

(17) Es aquel fenómeno en que dos o más sujetos de derecho se relacionan a través de una o más empresas, existiendo una dirección unificada de la política empresarial. Se observa una relación de subordinación de la sociedad controlante sobre la controlada que se hace efectiva gracias a la posibilidad, y es lo que me permite determinar que allí existe una relación de control, que tiene la primera de formar la voluntad social de la segunda y en consecuencia, de todas las demás sociedades a su vez subordinadas a esta última.

(18) Sociedades o grupos de sociedades cuyo objeto exclusivo y actividad principal es la de participar en otras sociedades "*finalidad financiera o de inversión*", sin mantener a su vez una explotación comercial o industrial propia y que por lo general, se encuentran a la cabeza de agrupamientos supranacionales. En nuestro medio aparecen normalmente bajo la figura de los fondos de inversión.

## La Fusión

La fusión es la máxima concentración empresarial. En un sentido restringido se entiende por fusión al acto contractual, y a su vez corporativo u orgánico, de agrupamiento de sociedades, por medio de la extinción —o modificación contractual— de las hasta entonces existentes, con traspaso en conjunto de los bienes hacia una nueva sociedad que se constituye, o que ya constituida, absorbe a la extinguida, con continuidad de participación de los socios de la fusionante en la fusionaria.

Básicamente podemos decir que la fusión sería la unión de los patrimonios de dos o más sociedades en una sola de nueva creación o en una ya existente, con la entrega de participaciones sociales de la continuadora a favor de los socios de las extinguidas, las que no se liquidan (19). La nueva sociedad (20) o la incorporante adquieren la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas (21).

Las fusiones pueden estar determinadas por diversas razones, así se pueden dar razones anticompetitivas que serían aquellas fusiones realizadas con el fin de lograr un monopolio en un mercado determinado. Otra razón puede estar dada por la facilidad de expansión o entrada que la fusión puede brindar ya que es más rápido comprar un negocio en funcionamiento que construir uno desde la base, así la compañía adquirente compra personal, patentes, instalaciones, etc. Los mejores rendimientos operativos de las economías de escala y las fusiones defensivas son otra importante razón para las fusiones ya que a una firma puede faltarle la suficiente resistencia para enfrentar las prácticas desleales de sus competidores.

---

(19) La doctrina entiende que vinculando el elemento de la extranjería con el concepto general de fusión, se puede afirmar que hay fusión internacional cuando dos o más sociedades sujetas a la legislación de uno o más países, se extinguen sin liquidarse, para constituir una nueva, en un tercer país, o en uno al que pertenece una de las sociedades fusionadas.

(20) Enseña O. Solari Costa que si bien el estudio de la fusión se centra en el ámbito societario, ya que se trata de un instituto típico de estos entes, esto no excluye la posibilidad dogmáticamente hablando de que, se pueda llegara extender permitiendo la fusión de empresarios individuales. Este supuesto si bien no sería posible con nuestra legislación actual, es admitida en la Ley de Reorganización Alemana (UmwG de 1995). O. Solari Costa, *Opus citado*, pág. 129.

(21) Art. 82, 2 párr. Ley de Sociedades 19.550.



## Clasificación de las Fusiones

Las fusiones son usualmente clasificadas según la relación de mercado de las partes fusionantes: *horizontal* cuando las partes son competidores, *vertical* cuando las partes son o podrían ser comprador - vendedor, y *conglomerado* en todos los otros casos (22).

Se entiende por fusiones de conglomerado aquellas que tienen lugar entre empresas no vinculadas entre sí *horizontal* o *verticalmente* por ejemplo cuando una empresa minera se une con una de fabricación de alimentos que operan en mercados no competitivos entre sí, ni vinculados a una misma rama de producción, al fusionarse forman un conglomerado.

## Efectos Competitivos de las Fusiones

Una fusión de firmas competitivas elimina la competencia entre ellas. Hay algunos otros efectos que se pueden derivar de las fusiones horizontales, verticales y conglomerados. Estos pueden ser agrupados en tres categorías:

- a) *estructura de mercados menos competitiva;*
- b) *mayores oportunidades de conductas anticompetitivas;*
- c) *"rendimientos" convenientes y no convenientes.*

Una fusión horizontal elimina a un competidor y concentra el poder de mercado de dos firmas en las manos de una. Este proceso de concentración es el clásico problema la fusión (23).

## DERECHO ANTIMONOPOLICO ARGENTINO

### Antecedentes

Si hay una rama del Derecho dentro de la legislación Argentina que ha tenido tendencia hacia la reforma es la legislación reguladora de la competencia. Los primeros intentos en nuestro país de legislar en esta materia datan de las primeras décadas de este siglo, siendo la ley 11.210 el primer precedente de importancia. Esta ley fue sustituida en el año 1946 por la ley 12.906, la cual contenía normas que sancionaban el delito monopólico, en una postura pro-

---

(22) Las consolidaciones de empresas pueden ser categorizadas de la misma manera: algunas de ellas pueden tener efectos semejantes a aquellos de las fusiones verticales u horizontales, mientras otras no.

(23) También las fusiones verticales y los conglomerados de empresas son temidos por su potencial impacto de concentración a largo plazo.

hibitiva de las concentraciones, en lugar de considerar el abuso de la posición dominante en el mercado como la conducta a reprobar. Más recientemente en 1980 se sanciona la ley 22.262 que reguló la materia hasta 1999 cuando fue reemplazada por la ley 25.156.

Fueron sin duda, las diferentes mutaciones producidas en el panorama ideológico de la legislación comparada, sobre todo luego de la segunda guerra mundial, las que marcaron el nuevo rumbo en materia legislativa en esta rama del Derecho. Así en contraposición al tradicional enfoque “Norteamericano” donde la legislación antimonopólica tendía a rechazar y sancionar cualquier intento monopólico apareció lo que nosotros damos en llamar el enfoque “Europeo” enderezado más bien a posiciones prohibitivas “relativas”. Estos cambios no sólo aparecen en las legislaciones nacionales, ya que incluso “a nivel supranacional” significativos cambios se evidencian con la aparición en 1957 del Tratado de Roma constitutivo del Mercado Común Europeo (24).

En la legislación comparada encontramos por un lado la legislación antimonopólica (*antitrust*) Norteamericana, la cual se encuentra incorporada básicamente en tres leyes, la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio (25), y por el otro la legislación sobre competencia del Mercado Común Europeo. Esta última constituye el antecedente extranjero más importante de nuestra legislación, y con la cual tiene mayor afinidad, ya que de hecho los artículos 85 y 86 del tratado de Roma constitutivo del Mercado Común Europeo han sido receptados por nuestra legislación.

Fue, la ahora derogada ley 22.262, la que comenzó el camino hacia una legislación enderezada en la defensa de la competencia. Si bien la ley 22.262 no tuvo una aplicación que fuera de utilidad para corregir las prácticas abusivas del mercado, esto para muchos se debió no tanto a una deficiencia normativa sino a una inoperancia de los organismos y mecanismos de aplica-

---

(24) Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma modifican radicalmente el enfoque norteamericano que tradicionalmente se seguía en esta materia.

(25) La Ley Sherman incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio y la monopolización. La Ley Clayton, a su vez declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y las llamadas “cláusulas atadas”, la adquisición de empresas competidoras y los directorios vinculados. Por último la ley de la Comisión Federal de Comercio declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas.

ción de ley (26). Creemos, coincidiendo con parte de la doctrina que probablemente la falta de regulación efectiva en esta materia se debió no sólo a una técnica legislativa errónea, sino más bien a una política en materia de concentraciones. En este sentido, con un enfoque “más europeo” se ha considerado que la estructura de gran parte de los sectores industriales deben pasar por un periodo de concentración empresaria que les permita acceder a economías de gran escala comparables con las compañías que compiten en los mercados internacionales, por lo que no era apropiado incluir restricciones estrictas a las conductas con efectos estructurales de la competencia (27).

### **La Nueva Ley de Defensa de la Competencia**

En un trámite rápido y sin discusión, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el día jueves 26 de agosto de 1999, el texto de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156, conocida también como “*ley antimonopolios*” a través de la cual se pretende definir con mayor precisión, prohibir y sancionar actos o conductas de personas físicas o legales que limiten, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia y el acceso al mercado, conjuntamente con la instrumentación de un proceso administrativo orientado a la investigación y prevención de tales conductas.

Esta nueva creación legislativa está compuesta de 48 artículos, divididos en cuatro capítulos. En el primero de ellos se definen básicamente cuáles son aquellas conductas prohibidas por ley, distinguiéndose cuáles son las figuras fundamentales sobre las cuales se estructura la ley: La primera estaría dirigida a prohibir todos los actos o conductas que tiendan a la limitación, restricción o distorsión de la competencia; la segunda sería el abuso de posición dominante, y la consideración como conducta lesiva de la competencia a todas aquellas conductas o acciones que causen perjuicio al “*interés económico general*” apreciado este perjuicio atendiendo a “*The rule of reason*”, es decir, que la sola existencia de actos anticompetitivos no implica la automática aplicación de la ley, sino que se

---

(26) El órgano de aplicación en la ley 22.262 era la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que fue reemplazado en la nueva ley por el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. A la fecha de conclusión del presente trabajo el Tribunal de Defensa de la Competencia aun no ha entrado en funciones continuando la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como ente regulador.

(27) Este enfoque menos prohibitivo que damos en llamar “europeo”, creemos es la consecuencia lógica de la diferencia de volumen de mercado existente entre los Estados Unidos y el resto del mundo.

requiere la demostración de efectos económicos negativos para la comunidad (28). En el segundo capítulo se establece cuándo debe entenderse que existe posición dominante. En el tercer Capítulo regula las concentraciones y fusiones, indicando en qué casos será necesaria la notificación previa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y el mecanismo de dicha notificación. El cuarto capítulo está destinado a la autoridad de aplicación de la ley, que pasa a ser el Tribunal de Defensa de la Competencia en reemplazo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. El capítulo cuarto regula el presupuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia, el quinto capítulo establece el presupuesto del tribunal, el capítulo sexto establece las sanciones, el séptimo regula cómo habrán de hacerse las apelaciones (tanto ante el tribunal como ante el tribunal de alzada (29)). El capítulo noveno establece los plazos de prescripción y por último el capítulo décimo trata las disposiciones transitorias y complementarias.

Descrito en forma general el esqueleto de la nueva ley, nos proponemos profundizar en aquellos aspectos referidos al tratamiento que la misma brinda a la problemática de las fusiones y adquisiciones esto es, el capítulo III de la ley. Nos interesa observar si su regulación establece mecanismos de control suficientes y acabados para este tipo de acuerdos, si la ley plantea una política preventiva (*ex ante*) tendiente a desincentivar conductas abusivas, prácticas desleales o monopólicas no deseadas o si, por el contrario, es de carácter penalizadora (*ex post*). Y por último determinar si el carácter de la legislación está orientado hacia una “Política de Comportamiento” es decir orientada exclusivamente a prohibir conductas anticompetitivas (sancionando el acto consumado), o si brinda una base de “*Política Estructural*” es decir orientada exclusivamente hacia el control de las empresas realizadoras de tales conductas al momento de concretar los acuerdos.

## LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES EN LA NUEVA LEY

### Las concentraciones en la ley

Como ya mencionáramos *ut supra* uno de los cambios fundamentales introducidos por la nueva ley es el del capítulo III relativo

---

(28) La distinción entre la regla de la razón “*the rule of reason*” y la infracción “*per se*” no es aplicable en nuestro derecho. La infracción “*per se*”, requiere tan sólo demostrar los extremos de incumplimiento para configurar la infracción, mientras que “*the rule of reason*” requiere de la discreción judicial que deberá apreciar su “razonabilidad”, sus propósitos y sus efectos sobre la competencia.

(29) La ley designaba como tribunal de alzada a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o a la Cámara Federal para el interior, pero esto fue vetado.

a las concentraciones y fusiones. Este tema, que ha sido uno de los que más ha preocupado a la legislación comparada debido a la imprevista concentracionista que ha adquirido la economía mundial en la última década (30), fue particularmente regulado por la nueva ley. Para la ley existe concentración económica cuando la toma de control de una o varias empresas se realiza a través de uno 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; y d) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera fáctica o jurídicamente 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 (31). Creemos que la enumeración del artículo 6° es lo suficientemente abarcativa no siendo necesario, como sí lo cree Horacio Fargosi (32), prever explícitamente la hipótesis de *joint venture de funcionamiento total* previsto por la legislación de la Comunidad Europea.

La nueva ley de defensa de la competencia introduce en la regulación de las concentraciones empresarias un nuevo instrumento que no se encontraba en la ley anterior que es la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Competencia (33). Este instrumento que fue extraído de la legislación Americana (34), no es del todo

---

(30) De hecho el Derecho Europeo ha formulado significativas modificaciones en 1997 al reglamento 4064 de 1989, incluso con disposiciones particulares a dimensión comunitaria relativas a bancos y empresas de seguros. *Horacio P. Fargosi*. Breves Anotaciones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia. ADLA, LIX-D, pág. 3942.

(31) Conf. Art. 6 Ley 25.156

(32) Ver *Horacio Fargosi*. Breves Anotaciones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia. ADLA, LIX-D, pág. 3942,

(33) Art. 8 LDC 25.156, 1er. párrafo.

(34) Como ya mencionáramos anteriormente en el derecho norteamericano las fusiones son reguladas por: la Sherman Act, sancionada 2 de julio de 1890, por la Clayton Act sancionada el 15 de octubre de 1914 y por la Federal Commerce Commission Act sancionada el 26 de septiembre de 1914. Cabe mencionar que la exigencia relativa a la aprobación de ciertas fusiones y adquisiciones fue establecida por la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, el cual lo agrega al artículo 7A de la Clayton Act.

aceptado por nuestra doctrina nacional, sosteniendo que la misma puede ser perjudicial para una economía pequeña y necesitada de crecimiento como la argentina en donde aún no hay grandes grupos económicos que puedan traer comportamientos monopólicos en desmedro del resto de la competencia.

### **Fusiones horizontales en la ley**

La nueva ley introduce cambios en este aspecto ya que a la prohibición y sanción general del artículo 1 de la ley le agrega en el artículo 2 una enumeración de conductas deben ser consideradas como restrictivas de la competencia. Los actos de concentración empresaria entre firmas competidoras resultan *limitativos o restrictivos* de la libre competencia, en los términos de la prohibición prevista en el artículo 1º de la ley, siendo por lo tanto cuestión esencial a resolver en su respecto la relativa sobre el interés económico general (35). A esto debe agregársele la prohibición específica del artículo 7º que establece la prohibición de todas las concentraciones económicas cuyo objeto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. También deberá ser materia de análisis la evaluación del grado en que tal asociación empresaria tiene efectos lesivos sobre la competencia. La razón está en que uno de los elementos que configuran el impacto de los actos con efectos estructurales sobre la competencia respecto del interés económico general (36).

Dos fusiones con efectos similares sobre la eficiencia y productividad de un sector pueden percibir una distinta calificación bajo el artículo 7º en razón de que en un caso la restricción que se imponga sobre la estructura competitiva sea relativamente escasa, mientras que en otro sea desproporcionadamente alta, frente a los beneficios que quepa atribuir a la concentración analizada.

---

(35) La subjetividad del termino *interés económico general* hacia necesaria su eliminación, pero sin embargo el mismo permanece aún en la nueva ley de Defensa de la Competencia. Este término es inexistente en la mayoría de las legislaciones extranjeras tales como Estados Unidos, Alemania, Brasil e Inglaterra.

(36) En el fallo CS, 23/11/1993, "A Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A y otros", LL, 7/7/94, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que afectar al interés económico general puede ser incluso una posibilidad futura con sanción presente, por caber dentro de los llamados delitos de peligro, por lo que en las concentraciones no se exige que el gravamen exista, sino que el proceder concentracionista que tenga aptitud de provocarlo, es ya de por sí punible.

## Fusiones verticales en la nueva ley

Las fusiones verticales, que recordamos son aquellas que tienen lugar entre firmas que operan en los mismos mercados, unas en carácter de oferentes y otras en el de demandantes, se rigen por los mismos principios expuestos en relación con las concentraciones horizontales de empresas. Los efectos anticompetitivos de estos actos son potencialmente significativos, lo que los incluye, bajo la figura de la limitación de la competencia prevista en el artículo 1º y más explícitamente por el artículo 7º. Tal configuración no es automática, como en el caso de las fusiones horizontales, ya que en las fusiones verticales las firmas que cesan de actuar independientemente no eran competidoras con anterioridad al acto de concentración. Por esto se hace necesario analizar cada caso en particular para ver si se configuran los efectos anticompetitivos (es decir, se trate de una concentración económica cuyo objeto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general).

### La notificación previa

Uno de los cambios introducidos por la ley más importante es la notificación previa para determinadas concentraciones previsto por el artículo 8. Con la nueva ley (37), las concentraciones que impliquen un volumen total de negocios del conjunto de empresas afectadas supere en el país los doscientos millones de pesos o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de pesos deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el tribunal de defensa de la competencia.

Para la ley debe entenderse por volumen de negocio total los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último

---

(37) Fue vetado, por no considerar objetivamente disponibles los parámetros que establecen cuando una empresa detenta el 25 % del mercado relevante, la primera parte del artículo 8 que establecía que debían ser notificadas *aquellas concentraciones que implicaran la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al 25 % o más del mercado relevante, o de una parte sustancial del mismo*. No coincidimos con este veto ya que creemos que existen medios adecuados para poder determinar el porcentaje de mercado que detenta cada empresa o grupo.

ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los impuestos de ventas, del IVA y de otros negocios relacionados con el volumen de negocios.

Estamos de acuerdo con la incorporación de la notificación previa a nuestro ordenamiento, ya que efectuar un control *ex-ante* permite evitar consecuencias posteriores muy nocivas. Así, tener que denegar una concentración luego que ésta fue efectivamente realizada y oficializada frente al público implica un costo económico mucho mayor que evitar *ab initio* su formación.

### **Conclusión**

De todas las modificaciones introducidas por la ley, sin dudas, el mecanismo de la notificación previa ha sido el de mayor relevancia. Al asumir esta "Política Estructural", orientando el control estatal sobre aquellas empresas realizadoras de conductas concentracionistas al momento en que se realizan dichas concentraciones constituye un avance. El Estado puede ahora regular e incluso intervenir en la economía, ya que prohibir una fusión sin lugar a dudas constituye una intervención, pero lo hace desde otro plano: como regulador; no como actor de la economía. Y lo hace contando con todos los elementos del caso para evaluar, ya que son las mismas empresas quienes deberán aportar la información relevante para decidir a favor o no sobre estas operaciones. Al final la actuación del nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia será determinante para evaluar el éxito o no de esta nueva incursión legislativa. Por ahora deberemos esperar para ver si finalmente gracias a esta intervención *ex-ante* que realizará el Tribunal de Defensa de la Competencia, el consumidor/ciudadano, destinatario al final de esta ley, obtiene un beneficio real o no.

Por último, cabe aclarar que con este trabajo solamente hemos querido delinear la nueva legislación argentina de Defensa de la Competencia prestando particular atención a sus efectos sobre las concentraciones económicas. Hemos intentado simplemente acercar el tema al debate, obviamente la tarea no es sencilla ni posible de concluirse en esta obra.