

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS EN LA REPUBLICA ARGENTINA

La Ley N° 25.156, promulgada el 16 de septiembre de 1999, introdujo en su Capítulo III el sistema de control previo de fusiones y adquisiciones (concentraciones económicas), tema hasta ese momento inexistente en el derecho antimonopólico argentino.

En materia de fusiones y adquisiciones, la autoridad de aplicación desarrolla fundamentalmente una actividad de prevención frente a posibles conductas anticompetitivas.

La experiencia indica que el análisis de concentraciones económicas en forma obligatoria y continua ha sido muy beneficiosa para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, pues ha detectado y prevenido de esta manera eventuales conflictos en el área que le compete, resolviendo dichas circunstancias antes de que las mismas se expongan en el mercado relevante.

Asimismo, y con el correr del tiempo, se ha ido acumulando mucha información y experiencia en cada uno de los principales mercados en donde se producen mayormente operaciones de concentración económica, lo que ha permitido que los procedimientos sean cada vez más expeditivos.

Igualmente cabe destacar que la información y experiencia recabada por la CNDC en los análisis de concentraciones económicas no sólo les ha sido útil a la hora de analizar otras concentraciones, sino, en muchos casos son verdaderos estudios de mercado.

El análisis de concentraciones aporta experiencias e información a ser tenidas en cuenta en el análisis de conductas, además de su esencial rol de prevención de conflictos en materia de competencia.

La ley de defensa de la competencia cuenta con dos artículos de fondo: Por un lado el Artículo 6°, que establece que se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de ciertos actos que la misma ley enumera.

En segundo lugar, el Artículo 7° de LDC establece que se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El procedimiento de notificación de tales operaciones se encuentra reglado por la propia Ley N° 25.156, su Decreto Reglamentario N° 89/2001, la Resolución SDCyC N° 40/2001, la Resolución SDCyC N° 164/01 y el Decreto N° 396/01.

La “Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica” (Resolución N° 40/01), que establece los lineamientos para el control de las concentraciones económicas, mediante un procedimiento específico diferente al aplicable a las conductas en general, y detalla la información que toda persona alcanzada por el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 ineludiblemente deberá presentar al realizar el trámite ante la autoridad de aplicación.

Dichos actos de concentración económica deberán ser obligatoriamente notificados al Tribunal de Defensa de la Competencia, ya sea en forma previa o en el plazo de una semana desde 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, siempre que el volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere un determinado umbral (Art. 8° Ley N° 25.156) y la operación no quede exenta de la notificación obligatoria. (conf. Art. 10 – Ley N° 25.156).

Conforme la experiencia argentina, para economías similares, resultaría muy dificultoso exigir con un análisis ex post desinversiones o prohibir alguna operación. Al mismo tiempo que generaría un marco de inseguridad jurídica no aconsejable.

Notificación – Procedimiento: Como fuera referido, el procedimiento para la notificación de operaciones de concentración económica ha sido instrumentado a través de la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica (conf. Resolución N° 40/01) complementaria de la Ley de Defensa de la Competencia, que contempla la presentación de tres formularios de notificación, denominados Formulario F1, Formulario F2 y Formulario F3, y que contienen distintos requerimientos de información según la complejidad de la operación a ser analizada.

Los primeros dos formularios son de tipo estándar, el primero con información básica legal y económica, necesaria para iniciar el trámite de notificación y el segundo con información más compleja, cuando la autoridad necesita delimitar con mayor precisión el mercado dentro del cual se produce la operación así como el grado de concentración que existe en él.

El tercero de los formularios es requerido cuando la autoridad de aplicación necesita mayor información económica específica y el mismo se ajusta a cada caso en particular.

Es importante destacar que en caso de que las empresas notificantes consideren que cierta información a ser aportada resulta estratégica para las mismas, el Art. 12 del Decreto N° 89/01, prevé que las mismas puedan solicitar la confidencialidad. La petición deberá ser fundada a fin de que la CNDC pueda expedirse acerca de la procedencia de la misma.

Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado Nacional a través de un organismo de control regulador, dentro de los tres primeros días de presentado el Formulario F1 de Notificación, la CNDC, y previo a la emisión de su Dictamen, deberá requerir a dicho Ente un informe u opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre

la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. El Ente debe expedirse dentro de los quince días y el requerimiento no suspende el plazo establecido en el Art. 13 de la Ley N° 25.156.

El órgano de competencia es quien debe expedirse por resolución fundada, de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 13 de la referida ley, en el plazo de 45 días de iniciado el trámite -excluyendo el período en el cual dicho plazo se encontró suspendido- autorizando la operación, subordinando la misma al cumplimiento de los condicionamientos que se establezcan o denegando tal autorización.

Es dable destacar que el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 dispone que en las operaciones sujetas a la notificación obligatoria, los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez producida la aprobación tácita o expresa. En consecuencia no está prohibida la toma de control efectiva hasta que la autoridad de competencia tome su decisión, aunque bajo las condiciones expresadas anteriormente. Es práctica habitual que los acuerdos de venta o transferencia de activos estén condicionados a la aprobación de la operación por la autoridad de competencia.

La CNDC ha ido evolucionando en este sentido, en particular en las operaciones cuya aprobación se condiciona a determinadas desinversiones. Es importante destacar la evolución experimentada en dos casos de concentración económica que se exponen a continuación (CCBA-Quilmes y Bimbo-Fargo), incluyendo una breve síntesis del procedimiento y características del sistema de análisis previo de concentraciones en nuestro país.

- **Expediente N° S01:8000099/02 caratulado “CCBA S.A. Y CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A. (C.0376) S/ NOTIFICACION ART. 8° DE LA LEY N° 25.156” - (Dictamen CNDC N° 322/02 / Resolución SCDyDC N° 5/03).**

La operación consistió en la compra por parte de AMBEV (controlante en nuestro país de CCBA S.A.) en el exterior del 37,5% del capital social de QUILMES INDUSTRIAL SOCIETE ANONYME (QUINSA), una sociedad controlante en la República Argentina de CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES SAICAYG (QUILMES).

El análisis efectuado por parte de esta CNDC resultó en una importante concentración horizontal en el mercado de la cerveza, que se produjo como consecuencia de la adquisición de la empresa con mayor participación en el mercado por parte de su principal competidora, AMBEV, propietaria de la marca Brahma.

Finalmente se concluyó que las condiciones de competencia se verían afectadas negativamente si la operación fuera aprobada en los términos en que fue notificada, y en caso de ser prohibida, tampoco se lograrían aprovechar las ganancias de eficiencia que podrían resultar beneficiosas para los consumidores argentinos y el interés económico general.

En ese sentido, la operación fue subordinada en los términos del Art. 13, inciso b) de la Ley N° 25.156, con la condición de que el grupo resultante enajenara una de sus principales plantas, que se utilizaba para producir la cerveza Brahma, así como tres marcas de cerveza, Bieckert, Palermo y Heineken, todas ellas propiedad de QUILMES a un nuevo ingresante

al mercado argentino. Para tal fin AMBEV-QUILMES debía comprometerse a facilitar sus canales de distribución al nuevo ingresante por el término de siete años.

Es importante destacar en este punto que en el Dictamen CNDC N° 322/02 no se vedó a las partes integrar sus negocios, previendo en cambio que debían preservar el valor de los activos a desinvertir.

A la fecha, no se ha podido cumplir con el proceso de desinversión por motivos ajenos a las partes y que tiene que ver con la intervención judicial de terceros ajenos al proceso de concentración. En este sentido resulta conveniente advertir que la empresa COMPAÑÍA CERVECERIAS UNIDAS (CCU), ya participante en el mercado argentino, ha interpuesto una acción de amparo, con el fin de poder participar en el proceso de adquisición de los activos a desinvertir. Es por ello que el proceso referido a la desinversión se encuentra detenido a la espera de que se dirima aquella cuestión.

- **Expediente N° S01:0131738/03 caratulado “GRUPO BIMBO S.A.C.V. Y COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A S/ NOTIFICACION ART.8° LEY 25.156 (CONC.418)” - (Dictamen CNDC N° 395/04 – Resolución SCT N° 131/04).**

La operación de concentración económica notificada se produjo en el exterior, PIERRE ACQUISITION, LLC. adquirió la totalidad del capital social de FARGO HOLDING GIBRALTAR en COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., empresa que se encontraba en concurso preventivo de acreedores.

Además, el GRUPO BIMBO y MADERA LLC. firmaron un contrato en el que GRUPO BIMBO suscribió una participación del 30% del capital social de PIERRE ACQUISITION LLC., convirtiéndose en titular indirecto del 30% del capital social de FARGO HOLDING GIBRALTAR.

Asimismo, el GRUPO BIMBO contaba con una opción de compra para adquirir la totalidad de la participación accionaria que MADERA LLC. posee en PIERRE ACQUISITION LLC. y de esta forma controlar a FARGO HOLDING GIBRALTAR y por ende a COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A.

En ese sentido, se analizó la operación de concentración económica considerando el control indirecto que podía ejercer el GRUPO BIMBO sobre COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO, dado que estos dos grupos de empresas producían, comercializaban y distribuían panificados en la República Argentina y se presentaba una relación de tipo horizontal entre las partes.

Se concluyó que la competencia entre las firmas que participaban en el mercado se vería fuertemente afectada ya que la operación implicaba la absorción por parte del GRUPO BIMBO de la empresa líder en el mercado, COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., y la empresa resultante de esta operación no enfrentaría a ningún competidor vigoroso, dadas las características del resto de las empresas que actuaban en el mercado, por lo que se restringiría significativamente la competencia en los mercados de pan blanco, negro y bollería, otorgando al comprador la posibilidad de ejercer su poder en estos mercados.

A fin de lograr la aprobación de la operación, las partes notificantes presentaron un compromiso de desinversión previo a que la autoridad de aplicación se expidiera acerca de la operación en cuestión.

El compromiso consistió en la transferencia de una unidad de negocios formada por la marca “Lactal”, la planta de producción de pan industrial ubicada en Pacheco, Prov. de Buenos Aires y un sistema de distribución apropiado para la comercialización de los productos marca “Lactal”.

En este sentido, la CNDC consideró que la transferencia del negocio a desinvertir a un comprador vigoroso e independiente mantendría las condiciones de competencia existentes entre el mercado de pan blanco y negro y de bollería con anterioridad a la operación.

El comprador del negocio a desinvertir debía ser un tercero que no mantuviese vínculos societarios ni alianzas estratégicas con las partes involucradas en la operación al momento de la transferencia, también contar con recursos financieros, acreditar idoneidad y tener incentivos para desarrollarse como un competidor efectivo en el mercado de pan industrial.

El compromiso previó también dos períodos de desinversión y la previsión de que el GRUPO BIMBO no ejerciera la opción de compra del resto del capital social de PIERRE ACQUISITION LLC. hasta el cierre de la venta del negocio a desinvertir y que las partes involucradas no pudiesen integrar sus negocios hasta la fecha de aprobación por parte de la CNDC del Contrato de Venta del negocio a desinvertir o hasta que, previa aprobación de la CNDC sea puesto en funciones el Agente Vendedor. (éste último punto contrariamente a lo establecido en el Dictamen CNDC N° 322, en la fusión AMBEV/QUILMES).

Atento a la situación concursal que enfrenta COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., el proceso de desinversión aún no ha podido implementarse.

Efectos: Las operaciones de concentración económica notificadas no producen efectos entre las partes ni frente a terceros hasta que se cumplan las previsiones dispuestas en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 25.156, es decir, hasta haber sido aprobadas mediante resolución fundada de la autoridad de competencia, o hasta que se produzca la aprobación tácita si transcurrido el plazo de los 45 días establecido en el Artículo 13 no mediara resolución al respecto.

Apelaciones: Las decisiones de la autoridad de competencia son apelables ante la Cámara Federal en lo Civil y Comercial.

Parte coadyuvante: El régimen de control de concentraciones establecido por la Ley N° 25.156 no prevé la participación de terceros con facultades para oponerse a la operación de concentración, ni para intervenir en los procedimientos de desinversión generados como consecuencia de condicionamientos impuestos a la misma. No resultando de aplicación aquí la figura de “*parte coadyuvante*”, sólo prevista para los casos de conductas anticompetitivas (Art. 42, Ley 25.156). Así lo ha resuelto oportunamente la misma Cámara

Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en concordancia con lo dispuesto por esta CNDC.¹

En ese sentido, los terceros sí pueden aportar elementos de juicio o anunciar a la CNDC en el marco del control estructural sin que ello los convierta en “parte” en dicho tipo de procedimiento.

Técnicas de investigación: El Tribunal (actualmente la CNDC), cuenta con amplios poderes de investigación, conforme lo establece el Art. 24 de la Ley de Defensa de la Competencia. En ese sentido, puede realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes, celebrar audiencias (con competidores, participantes del mercado, asociaciones de consumidores), realizar pericias, y aún suspender los plazos procesales de la presente ley por resolución fundada, entre otras cuestiones.

Sanciones y multas: De acuerdo a lo estipulado por el Art. 9 de la Ley N° 25.156, la falta de notificación de una operación de concentración económica que debiera notificarse ante la CNDC, será pasible de las sanciones establecidas en el inciso d) del Art. 46 de la referida Ley, esto es multa de hasta un millón de pesos por día, contados desde el vencimiento de la obligación de notificación, todo ello sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.

En el caso de notificación tardía, esta Comisión Nacional considera que los parámetros a ser considerados a fin de establecer el monto de una multa son los siguientes: a) Impacto de la operación sobre la competencia; b) Patrimonio de las empresas involucradas; c) Plazo de demora; d) Existencia de una diligencia preliminar; e) Monto de la operación y/o activos involucrados; y f) Habitualidad en la presentación de este tipo de trámites.

Restricciones accesorias: Este tipo de cláusulas, llamadas por la jurisprudencia comparada como “restricciones directamente vinculadas a la operación de concentración” o “restricciones accesorias”, acordadas por los propios participantes en una operación y que limitan la propia libertad de acción en el mercado, son analizadas con la misma operación de concentración notificada y tratadas en el dictamen final.

Siguiendo la jurisprudencia internacional², esta Comisión Nacional ha establecido en numerosos precedentes los requisitos que estas cláusulas inhibitorias de la competencia deben guardar para ser consideradas “accesorias” a una operación de concentración. Dichos requisitos están referidos a su alcance, a su vinculación con la operación, a su necesidad, ámbito geográfico y extensión temporal y al contenido de la misma.

En cuanto al alcance, las cláusulas no deben estar referidas a terceros, es decir a personas físicas o jurídicas que no tengan ninguna vinculación con las partes, sino a los participantes en la operación de concentración, quienes limitan su propia libertad de acción en el mercado. Asimismo, estas cláusulas deben tener vinculación directa con la operación principal, es decir, las restricciones deben ser subordinadas en importancia a la operación principal, por lo que no pueden ser restricciones totalmente diferentes en su sustancia de la operación principal. Además deben ser necesarias, lo que significa que en caso de no existir este tipo de cláusulas no podría realizarse la operación de concentración, o que la misma

¹Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en autos caratulados “CASA ISENBECK s. apel. Resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.

² Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations – (90/C 203/05).

sólo podría realizarse en condiciones mucho más inciertas, con un costo sustancialmente mayor, o con una probabilidad de éxito mucho menor.

En lo que respecta a la duración temporal permitida, esta Comisión Nacional ha considerado que un plazo razonable es aquel que permite al adquirente asegurar la transferencia de la totalidad de los activos y proteger su inversión. Dicho plazo puede variar según las particularidades de cada operación, pero siguiendo los precedentes internacionales, en reiteradas oportunidades se ha dispuesto que es aceptable una restricción de competencia por el plazo de CINCO (5) años cuando mediante la operación se transfiere “know how”, mientras que en aquellas en las que sólo se transfiere “goodwill” sólo es razonable un plazo de DOS (2) años³.

Con referencia al ámbito geográfico se entiende que debe circunscribirse a la zona en donde hubiera el vendedor introducido sus productos o servicios antes del traspaso producido por la operación en cuestión.

En cuanto al contenido, la restricción sólo debe limitarse a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la empresa o parte de empresa transferida, ya que no resulta razonable desde el punto de vista de la competencia extender la protección brindada por este tipo de cláusulas a productos o servicios que el vendedor no transfiere.

No obstante los lineamientos establecidos en los puntos precedentes, y tal como lo ha señalado reiteradamente esta Comisión Nacional, el análisis de este tipo de restricciones debe efectuarse a la luz de las condiciones en que se desenvuelve la competencia en cada mercado, haciendo un análisis caso por caso.

Opiniones consultivas: En virtud de lo dispuesto por el Art. 8 del Decreto N° 89/01, se ha implementado un mecanismo de consulta previa a los fines de determinar si una operación de concentración económica está sujeta al control previo previsto en el Art. 8 de la Ley N° 25.156. La consulta previa es de carácter voluntaria y debe ser efectuada por todos los participantes en la operación en cuestión. La CNDC deberá expedirse en un plazo de diez días de presentada la solicitud.

Medidas remediales: También la CNDC ha contemplado la implementación de medidas remediales cuando una operación de concentración económica notificada tuviere fuertes impactos anticompetitivos.

Desde la sanción de la Ley N° 25.156 y hasta la actualidad, la CNDC ha ido modificando la aplicación de las medidas remediales, en virtud de los casos resueltos en los últimos años, estableciendo distintos procedimientos para llevar a cabo las desinversiones impuestas, en algunos casos apeladas en instancia superior, o procedimientos acordados con las notificantes en virtud los compromisos asumidos por ellas ante la autoridad de competencia.

Asimismo, es importante remarcar que en el marco del régimen de control de concentraciones económicas, la autoridad de aplicación se encuentra facultada para disponer, antes o después del dictado de la Resolución que subordina la concentración, medidas tendientes a evitar daños transitorios a la competencia y al interés económico

³ Entre otros ver Dictamen recaído en el Expediente N° S01:0296087/2002 (Conc. N° 392).

general que podrían generarse hasta tanto se dé cumplimiento a los condicionamientos establecidos. Todo ello a fin de garantizar el interés de los consumidores, no los de un competidor en particular.

Operaciones de concentración económica más recientes y relevantes: Desde la sanción de la Ley N° 25.156, la CNDC ha analizado más de quinientas operaciones de concentración económica, entre ellas, algunas de las más recientes:

- “BAYER AG Y AVENTIS CROPSCIENCE HOLDINGS S.A. (CONC. 0352) S/ NOTIFICACION ART. 8 DE LA LEY N° 25.156 (CONC. 0352)”.
- “PSH, FOX Y LIBERTY S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0378)”.
- “FUNDACION PEREZ COMPANC, GOYAIKE S.A. Y OTROS Y PETROLEO BRASILEIRO S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0388)”.
- “PECOM ENERGIA Y ALTO PARANA S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0400)”.
- “TELEFONICA MOVILES S.A. Y MOVICOM BELL SOUTH S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 448)”.
- “DANONE ARGENTINA S.A. Y ARCOR S.A.I.C. S/NOTIFICACION ART. 8° DE LA LEY 25.156 (CONC. 0451)”.
- “SANCOR COOPERATIVAS UNIDAS LTDA. Y DAIRY PARTNERS AMERICAS ARGENTINA S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8 LEY N° 25.156 (Conc.473)”
- “CITIGROUP INC. Y METLIFE INC. S/NOTIFICACION ARTICULO 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0496)”.

La normativa mencionada en el presente así como los dictámenes más destacados se encuentran publicados en la página web del Ministerio de Economía y Producción: **mecon.gov.ar** (Secretarías y Organismos – CNDC).