

**Defensa de la competencia. Ley 25.156. Art. 13, inc. b).
Operaciones de concentración económica.
Imposición de condicionamientos.**

Autora: Camila Corvalán

Publicado en: El Derecho, Tomo 246, 20/03/2012

(Fuente: www.elderecho.com.ar, 20/03/2012)

En todos los casos sometidos a la notificación previa prevista en el capítulo III(1) de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la autoridad de Defensa de la Competencia deberá decidir si: (i) autoriza la operación, (ii) subordina el acto al cumplimiento de las condiciones que dicha autoridad establezca o (iii) deniega la autorización solicitada.

Ahora bien, el decreto 81/09, reglamentario de la Ley de Defensa de la Competencia, establece en su art. 13 que si la autoridad de Defensa de la Competencia subordina los actos para los cuales se hubiera solicitado autorización al cumplimiento de alguna condición, el organismo competente establecerá el plazo dentro del cual ésta deberá ser satisfecha. Ello, bajo apercibimiento de denegar la autorización.

A diferencia de lo que sucede en otros países, no existe actualmente en la Argentina una guía de lineamientos que prevea, detalle y/o explique cómo, cuándo y bajo qué términos se subordinará o condicionará una operación de concentración económica. Como consecuencia de ello, tampoco existen pautas claras para determinar cuáles son los condicionamientos que la autoridad de Defensa de la Competencia puede imponer ni cómo las partes sometidas a su cumplimiento deberán llevar a cabo su implementación. Sin perjuicio de que de las quinientas operaciones de concentración económica analizadas por la autoridad de Defensa de la Competencia durante la última década solamente un 5% hayan sido condicionadas, es importante tener en claro cómo podrán condicionarse, ya que muchas son las veces que de condicionarse la operación, las partes involucradas dejan de tener interés en que se lleve a cabo la misma.

Habiendo manifestado lo anterior, y como objetivo principal de este trabajo, procederemos a explicar en detalle cómo la autoridad de Defensa de la Competencia, actualmente la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la Secretaría de Comercio Interior, ha llevado a cabo la subordinación de operaciones de concentración económica.

En primer lugar, es importante resaltar que el objetivo principal de la autoridad de Defensa de la Competencia es preservar la competencia en los mercados. Por ello, la autoridad de Defensa de la Competencia está facultada, a través de la ley 25.156 y sus reglamentaciones, para realizar un análisis de todas aquellas operaciones que constituyan concentraciones económicas, a los efectos de realizar un análisis prospectivo de los mercados involucrados en la operación y determinar, luego de realizar un análisis exhaustivo del funcionamiento de los mismos, si dicha operación puede restringir, falsear o distorsionar la competencia en los mercados involucrados.

La mayoría de las concentraciones económicas notificadas ante la autoridad de Defensa de la Competencia no poseen a priori efectos anticompetitivos sino que, por el contrario, constituyen mecanismos económicos eficientes. Sin perjuicio de ello, hay determinadas operaciones de concentración económica que pueden restringir la competencia y, como consecuencia de ello, perjudicar directamente a los agentes económicos del mercado (proveedores, competidores, distribuidores, consumidores, entre otros). En atención a los

riesgos para la competencia que pudiere conllevar la concreción de alguna operación de concentración económica, la autoridad de Defensa de la Competencia ha buscado a lo largo de estos últimos años, con la finalidad de preservar la competencia en los mercados involucrados, condicionar/subordinar determinadas operaciones al cumplimiento de condiciones.

El principio general a tener en cuenta al momento de subordinar/condicionar una operación es que el condicionamiento impuesto tendrá como objetivo proteger de manera efectiva la competencia y preservar el/los mercado/s involucrado/s en la operación de concentración económica sujeta a análisis. Es por ello que el foco del condicionamiento debe estar puesto en preservar la competencia de los mercados y no en preservar a un competidor individual.

Para determinar el tipo de condicionamiento que podría imponerse, la autoridad de Defensa de la Competencia deberá, realizando un análisis prospectivo, tener en cuenta el grado de distorsión que podría generarse a la competencia en los mercados involucrados de la operación sujeta a análisis y determinar cómo un condicionamiento podría evitar esa potencial distorsión.

Básicamente, los condicionamientos a imponer pueden ser de dos tipos: condicionamientos de tipo estructurales y condicionamientos de conductas. La autoridad de Defensa de la Competencia es quien decidirá al momento de resolver si se impone uno, el otro o ambos simultáneamente. Para tomar esa decisión la autoridad deberá evaluar -entre otras cosas- los mercados y los efectos que causará la operación sujeta a análisis.

La primera determinación es definir si la operación de concentración económica posee efectos horizontales, verticales o ambos (2).

En las operaciones de concentración económica que posean la potencialidad de restringir, distorsionar a la competencia y tengan efectos horizontales (existen en escena dos empresas que son, al momento de presentar la operación a evaluación, competidoras), la autoridad de Defensa de la Competencia en la Argentina (y así también se ha hecho en otros países) ha elegido como mejor solución subordinar la operación bajo un condicionamiento de tipo estructural, esto es, una desinversión. La desinversión tendrá como objetivo principal que las empresas involucradas en la operación vendan un activo perteneciente a un mercado donde exista superposición, y en general la autoridad seleccionará una unidad de negocios.

La desinversión o venta de una unidad de negocios es utilizada a los efectos de restaurar o mantener el statu quo de un mercado determinado. La ventaja de solicitar la venta de una unidad de negocios y no de un activo en particular se encuentra dada porque la unidad de negocios posee al momento de la venta todos los elementos necesarios para hacer efectiva la producción y comercialización de un determinado producto en un mercado (3). Así, la unidad de negocios, generalmente, posee no solo los activos físicos, sino su propio personal, listado de clientes, sistemas de información, activos intangibles, gerenciamientos e infraestructura suficiente para su funcionamiento en el mercado.

Diferente solución se ha propuesto frente a operaciones de concentración económica con efectos verticales, en las cuales, en la mayoría de los casos, la autoridad de Defensa de la Competencia ha optado como solución la implementación de condicionamientos de conducta. Es importante señalar que en las operaciones que poseen este tipo de efectos, al momento de presentarse las empresas no actúan en los mercados como competidoras. Como consecuencia de ello, si la operación posee únicamente efectos verticales, la misma no eliminará un competidor de los mercados involucrados, sino que generará una integración de carácter vertical.

Volviendo a los tipos de condicionamientos, señalamos que los condicionamientos estructurales generalmente se dan a través de la venta de algún activo de las empresas que forman parte de la operación, buscando de esa manera la creación y/o aparición de nuevos competidores en los mercados involucrados. Por el contrario, los condicionamientos de conducta prevén las acciones que se podrán implementar para resguardar la competencia en los mercados, por ejemplo, la restricción en inversión de publicidad (lo cual en determinados mercados constituye una barrera a la entrada) o la no creación de nuevas marcas por un tiempo determinado.

Para poder analizar el modo en que la autoridad implementó los condicionamientos impuestos en operaciones de concentración económica y cuál es el modus operandi de la autoridad de Defensa de la Competencia al momento de subordinar la operación de concentración económica al cumplimiento de condicionamientos, analizaremos en breves líneas un caso que puede utilizarse como parámetro o guía al momento de analizar ese escenario.

El caso central y sujeto a extenso análisis por parte de la autoridad de Defensa de la Competencia fue "Grupo Bimbo SACV y Compañía de Alimentos Fargo S.A. s/notificación art. 8º, ley 25.156"(4). La operación notificada se produjo en el exterior y producía efectos locales a través de la adquisición por parte de Grupo Bimbo Sociedad Anónima de Capital Variable S.A., de manera indirecta, del control de Compañía de Alimentos Fargo S.A. El 23-7-03, las partes integrantes de la operación informaron la operación de concentración económica por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, la "Comisión").

La Comisión, luego de realizar un extenso análisis, concluyó que la operación poseía efectos negativos sobre la competencia, los cuales se desprendían del análisis de las participaciones de mercado con las que contaría el Grupo Bimbo en la Argentina al adquirir el control de la empresa Fargo. Sin embargo, la Comisión manifestó que "el análisis de las operaciones de concentración económica no puede basarse exclusivamente en el cálculo de las participaciones de mercado de las empresas involucradas, sino que deben considerarse elementos adicionales y analizarse las barreras a la entrada a los mercados..."(5). La Comisión, en este caso, determinó que la competencia se vería fuertemente lesionada dado que la operación podría significar la absorción de la empresa líder del mercado por parte del Grupo Bimbo.

Ahora bien, en atención a los riesgos que conllevaría para la competencia la concreción de la operación tal como fuera presentada oportunamente por las partes, las mismas, adelantándose a la decisión de la autoridad de Defensa de la Competencia, ofrecieron a la Comisión un Compromiso de Desinversión.

Así pues, nos encontramos frente al primer punto fundamental a tener en cuenta. En ese sentido, cuando las partes involucradas en una operación de concentración económica pudieren prever (por las participaciones que poseen en determinados mercados, por la falta de dinámica o competencia en algún mercado, o por las altas barreras a la entrada que posee -entre otras cosas-) que la operación en cuestión podría generar una restricción y/o distorsión en la competencia, las mismas deberán analizar la posibilidad de presentar un compromiso de su parte a la autoridad. Ahora bien, conforme adelantáramos al comienzo del presente trabajo, no existe ninguna regulación o normativa específica que establezca cómo deberán llevarse a cabo este tipo de procesos. Por ello, analizaremos en esta oportunidad el modo en que fueron implementándose hasta el presente.

En el caso "Bimbo", el Compromiso de Desinversión presentado por las partes en esa oportunidad se encontraba sujeto al análisis y revisión que pudiera efectuar la Comisión.

El Compromiso de Desinversión presentado por las partes tenía como finalidad preservar la competencia en los mercados del pan industrial, y consistía básicamente en la transferencia dentro de un plazo determinado de una unidad de negocios denominada "Negocio a Desinvertir" a un comprador que debía ser aprobado por la Comisión, entendiéndose dicho Compromiso como una condición para la aprobación de la operación. Aquí, nos encontramos frente al segundo punto esencial: el compromiso o condicionamiento impuesto actúa como una condición para la aprobación de la operación. La pregunta lógica y consecuente a la anterior afirmación es si pueden las partes cerrar la operación o deben mantener sus negocios separados hasta tanto se cumpla con el condicionamiento impuesto. La Comisión ha señalado -y pareciera ser actualmente el criterio a utilizar- que las partes de una operación podrán integrar sus operaciones si en cualquier momento del período de desinversión otorgan un mandato a un agente vendedor (6).

Ahora bien, tiene dicho la Comisión que el negocio a desinvertir debe ser una unidad de negocios en marcha, y viable de producción y de comercialización. En el caso bajo análisis, las partes se comprometían a desinvertir: (i) la marca "Lactal", incluyendo todos los derechos que las partes posean sobre el uso de la misma y los registros respecto de las fórmulas para la elaboración de los productos comercializados bajo dicha marca; (ii) una planta de producción, incluyendo el inmueble y todas las maquinarias e instalaciones que permiten la operación de esa planta, y (iii) un sistema de distribución apropiados para la comercialización de la marca transferida, incluyendo todos los activos tangibles, intangibles y sistemas necesarios para la distribución.

La Comisión tuvo en cuenta (como en otras oportunidades) que la transferencia del negocio a desinvertir guardara cierta proporción con el incremento de participación que experimentan las empresas involucradas como consecuencia de la operación que se notifique. Asimismo, señaló que en este caso puntual la marca resultaba un elemento esencial para el nuevo competidor ya que constituía una fuerte barrera de entrada al mercado. Asimismo, y dado que la marca ofrecida en esta oportunidad ("Lactal") era una segunda marca, la Comisión concluyó que, debido a la alta concentración que se presentará en el segmento de primeras marcas, la única vía para que se restablezcan las condiciones de competencia en el mercado sería que alguna de las segundas marcas ascienda al segmento de las primeras marcas. Aquí, notamos que la Comisión siempre tendrá en cuenta cuáles son las barreras a la entrada a un mercado al momento de definir cuáles son los activos que se deberán desinvertir (marcas, inversión en publicidad, diferenciación de productos -entre otras cosas-).

Sumado a lo anteriormente expuesto, es importante tener en cuenta que el comprador del negocio a desinvertir deberá ser un tercero que no mantenga vínculos societarios ni alianzas estratégicas con las partes involucradas en la operación de concentración económica al momento de la transferencia. Por otro lado, el vendedor deberá acreditar contar con recursos financieros, acreditar su idoneidad y tener incentivos para desarrollarse como competidor efectivo en el mercado afectado, a los fines de que efectivamente pueda restablecer la competencia en los mercados involucrados.

El 28-3-08 las partes solicitaron a la Comisión que evalúe una serie de modificaciones al Compromiso (7). Los cambios solicitados por las partes consistían en el reemplazo de la marca "Lactal" por las marcas "Sacaan" y "Trigoro" y de la planta de producción. La Comisión entendió que las modificaciones propuestas al Compromiso alteraban las condiciones estudiadas y, en consecuencia, impactaban directamente sobre las soluciones. Como consecuencia de ello, incorporó a la nueva propuesta, además del nuevo Compromiso de Desinversión propuesto por las partes, varios condicionamientos de conducta, como ser: abstención de discriminación de precios entre canales, limitación en la inversión en publicidad por un tiempo determinado, control en el incremento de la

participación de mercado. Siendo que de implementarse de esa manera, la Comisión entendió que se podrían restablecer las condiciones de competencia en el mercado.

Este caso es sólo una de las concentraciones económicas que fueron subordinadas, pero su importancia radica en que establece un lineamiento y una suerte de guía para estudiar la implementación o los criterios que utilizará la autoridad de Defensa de la Competencia al momento de determinar cuáles serán los condicionamientos a imponer en una determinada operación de concentración económica.

Como consecuencia de lo expuesto a lo largo del presente, señalamos que es importante, al momento de llevar a cabo una operación de concentración económica, efectuar un análisis de los mercados involucrados y determinar a priori si nos encontramos frente a una operación que podría estar sujeta a la implementación de condicionamientos. Ello, a los efectos de evitar futuras sorpresas.

Notas:

1 - De las concentraciones y fusiones, cap. III, ley 25.156.

2 - La resolución 40/11 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor aprueba la "Guía para la notificación de operaciones de concentración económica". En la mencionada guía se define a las relaciones horizontales como: "Se considera que existe una relación horizontal entre empresas cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios sustitutos" y "se considera que existe una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación de un mismo bien o servicio".

3 - Ver Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, US Departamento de Justicia, junio de 2011.

4 - "Grupo Bimbo SACV y Compañía de Alimentos Fargo S.A. s/notificación art. 8º, ley 25.156", 2004, Dictamen Comisión Nacional de Defensa de la Competencia nº 395, 10-9-04.

5 - Ídem.

6 - El agente vendedor deberá ser independiente de las partes involucradas en la operación y su designación contará con la previa aprobación de la Comisión.

7 - Las modificaciones propuestas por las partes al compromiso obedecían, según lo manifestaron, al cambio de circunstancias.
