

Defensa de la Competencia

Reflexiones a más de 10 años de la sanción de la Guía de Notificación de Concentraciones Económicas (Res. 40/01)

Sebastián Ferreyra Romea

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El régimen de control de fusiones instaurado por la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia se encuentra instalado entre todos nosotros y está para quedarse. Mucho se ha escrito acerca del citado régimen, destacando sus virtudes y debilidades y se han realizado estadísticas como forma de evaluar su eficiencia. No obstante, el presente trabajo tiene por finalidad echar un vistazo a la Guía de Notificación de Concentraciones económicas que dispone los procedimientos a seguir, a la luz de la realidad práctica.

II. Descripción del problema en análisis [\[arriba\]](#)

El régimen de control de fusiones y adquisiciones instaurado por la Ley 25.156 (la "LDC") hace más de 10 años[1] ha tomado una gran relevancia en los últimos años. Los actuales índices de inflación y la falta de actualización de los umbrales de facturación ponderados en el control de fusiones se traducen en una creciente cantidad de notificaciones que se realizan ante la autoridad antitrust año tras año.[2]

Atento a la situación macroeconómica existente, resulta prudente anticipar que más y más transacciones pasarán bajo el radar del Estado Nacional en el futuro. Por lo tanto, resulta oportuno instalar el debate acerca de la necesidad (o no) de readecuar el contenido de la Resolución 40/01, a efectos de mitigar los efectos de algunas cuestiones prácticas vinculadas a la duración de los procesos de notificación.

A. Régimen de control de fusiones en Argentina

Previo a responder la (difícil) pregunta señalada arriba, explicaremos brevemente cómo funciona el régimen de control de fusiones en nuestro país, que fue instaurado como la novedad introducida por la LDC.

Comenzando por la autoridad antitrust, la LDC creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia ("Tribunal") dentro de la órbita del Ministerio de Economía, que sería el organismo regulador en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, han pasado más de trece años y el Tribunal no ha sido creado por el Poder Ejecutivo. Dicha función la desempeñan las autoridades de la anterior Ley de Defensa de la Competencia 22.262: la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, encargada de realizar las investigaciones de competencia y que emite una recomendación no vinculante al Secretario de Comercio, quien tiene facultad decisoria al emitir la resolución final.

Dicho lo anterior, el régimen de control y fusiones se resume así: en la medida que se cumplan las condiciones establecidas en la LDC, ciertas transacciones deben ser notificadas ante la autoridad antitrust.

En primer lugar, se debe verificar un cambio de control mediante alguno de los mecanismos mencionados en el artículo 6 de la LDC.[3] Asimismo, el volumen de negocios de las empresas involucradas en la transacción debe superar el umbral de \$ 200 millones mencionados en el artículo 8 de la LDC.[4] Por su parte, la transacción en cuestión no debe encuadrar bajo ninguna de las excepciones enunciadas en el artículo 10 de la LDC[5].

Según el art. 8 de la LDC la notificación se puede realizar con carácter previo o posterior al cierre de la transacción; vale aclarar que, si estamos hablando de un “filing” post-closing, se debe realizar en el plazo de una semana.

Conforme reza el artículo 13 de la LDC, en todos los casos sometidos a notificación, el Tribunal por resolución fundada, deberá decidir dentro de los 45 días de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo Tribunal establezca; c) Denegar la autorización. Transcurrido el plazo previsto precedentemente sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente.

B. Control previo o posterior?

Cabe entonces analizar brevemente si nuestro sistema de control de fusiones es previo o posterior. Es una cuestión fundamental ya que tiene que ver con el momento en el cual las empresas involucradas en una concentración económica pueden integrar sus negocios.

Como se indicó más arriba, el art. 8 de la LDC prevé que la notificación de una fusión en Argentina puede realizarse previo al cierre de la transacción o hasta una semana después de ocurrido el cierre.

Gran parte de las jurisdicciones del mundo adoptan el control previo o “suspensivo” (por ejemplo, Europa, EEUU, China, Corea del Sur, y recientemente Brasil, etc.) mediante el cual las empresas involucradas solo podrán cerrar la transacción e integrar sus negocios previa aprobación del órgano de competencia correspondiente. Si las Partes violan dicha obligación nos encontraremos ante el supuesto conocido como “gun jumping” o violación del régimen suspensivo, y las compañías podrán sufrir sanciones por contravenir el ordenamiento legal.

Ahora bien, en países como Argentina donde la misma LDC establece que las empresas involucradas pueden notificar la operación hasta una semana luego del cierre, nos preguntamos si entonces las compañías pueden implementar la transacción e integrar sus negocios mientras la notificación se encuentra aún en trámite y, por ende, pendiente de aprobación.

El art. 8 de la LDC reza que los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez obtenida la autorización o resolución pertinente de la autoridad antitrust. Así Cabanellas ha dicho que “los actos notificados, o que debieron ser notificados, bajo el art. 8 de la LDC, y que no han sido aprobados por la autoridad de aplicación, son de ningún efecto jurídico, pues la LDC excluye tales efectos tanto entre las partes como en relación a terceros”. [6]

Ante la supuesta contradicción que implica notificar post-transacción vs. la falta de efectos, la CNDC emitió la Opinión Consultiva 62 de fecha 29/8/2000 por la cual

dijo que la transacción aún no aprobada podría ser cerrada y tener plenos efectos, los cuales serían perfectamente válidos y con efectos retroactivos una vez obtenida la correspondiente autorización. No obstante, si la transacción fuese rechazada, la misma deberá volver a su estado anterior y ser desecha. Sin perjuicio de los “ruidos” que pudiera generarnos dicha Opinión Consultiva -principalmente por el tiempo que conlleva el análisis local de una fusión (remitimos al punto 1.d más abajo)-, podría decirse que esta postura se inclina por afirmar el carácter posterior del control de fusiones en Argentina.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior dictada en el marco de la fusión Jumbo/Disco[7] vino a modificar el criterio. La resolución en dicho caso se inclinó por una postura intermedia por la cual las Partes pueden cerrar previo a obtener la autorización, pero mientras dure el análisis de competencia las empresas involucradas deben mantener sus managements y unidades de negocios de forma separada.

Más cercano en el tiempo, en ocasión del complejo y discutido caso Telefónica/Telecom[8] la autoridad antitrust se inclinó por una interpretación de control previo sujeto a una condición suspensiva, a partir de la cual las empresas no podrían cerrar ni integrarse antes de obtenida la autorización competitiva.

C. El procedimiento de notificación: Resolución 40/2001 (también conocida como la Guía de Notificación de Concentraciones Económicas)

La Resolución 40/2001 dictada por la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (la “Res. 40/01”) aprobó la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, la cual indica quién, cómo y qué debe presentarse ante la autoridad antitrust como parte de una notificación de concentración económica.

La Guía establece una serie de procedimientos vinculados a la calidad de la información que se debe presentar, plazos de notificación y obligados a notificar, demoras y caducidad, entre otros aspectos. También la Guía provee el texto standard del Formulario F-1 y F-2 que se presenta ante la CNDC. A continuación detallamos brevemente algunos puntos que son de nuestro interés a los fines del presente artículo:

(a) Calidad de la información - todos los datos y documentos presentados deberán ser correctos y completos, y tienen el carácter de declaración jurada.

Se podrá solicitar que la autoridad antitrust acepte que la notificación se considere completa, aun cuando no se haya presentado en su totalidad la información exigida por el formulario que corresponda. La autoridad antitrust debe acceder al pedido sí, a su juicio, la información omitida no resulta imprescindible para analizar la operación en cuestión.

(b) Etapas de la notificación - con el propósito de evitar costos innecesarios y agilizar el proceso de análisis y resolución de las operaciones de concentración presentadas, la Guía ha desdoblado el requerimiento de información a las empresas en tres etapas distintas (i) Primera etapa - correspondiente al F1 (ii) Segunda etapa - correspondiente al F2 y (iii) Tercera etapa - correspondiente al F3.

(c) Información adicional - en casos excepcionales, la autoridad antitrust podrá requerirle a los interesados cualquier información o aclaración adicional (es decir, no contenida en los formularios F1, F2 o F3) que considere pertinente a los efectos de evaluar la concentración bajo estudio, sin que ello implique en sí mismo una suspensión de los plazos previstos en la presente.

D. Plazos para obtener una decisión por parte de la autoridad antitrust

La LDC establece en su artículo 13 un plazo máximo de 45 días hábiles administrativos para resolver acerca de una determinada transacción sometida al régimen de control de fusiones.[9] Transcurrido el mencionado plazo legal, la operación quedaría autorizada tácitamente.

Sin embargo, se presenta una divergencia entre lo establecido en la LDC y la práctica, lo cual resulta en que el plazo legal es recurrentemente suspendido por la autoridad con pedidos de información adicional y que consideran la notificación como incompleta. Así, el plazo legal no comenzará a computarse hasta tanto la información de las Partes se presente ante el regulador como “completa”. [10]

En resumen, si consideramos que en cada expediente suelen emitirse al menos 10/12 pedidos de información que suspenden el plazo legal, podemos concluir liminarmente que el tiempo que transcurre desde que una notificación es presentada hasta que se obtiene su resolución final, es cuanto menos bastante considerable (a continuación, nos expandiremos sobre esto).

La duración promedio de las notificaciones en el marco del régimen del control de fusiones en Argentina, entre 1999 hasta 2011 fue de 199 días (algo menos de 7 meses). Sin embargo, con el correr de los años la duración ha ido in crescendo ya que la duración promedio pasó de 103 días (algo más de 3 meses) en el 2000 a 543 días (un año y medio aprox.) en 2011, lo que implicó un incremento del 428%. [11]

Como quedó demostrado en el trabajo de investigación de Grecco y Petrecolla, el incremento en la duración no se explica necesariamente por la cantidad de casos ni la naturaleza de las operaciones evaluadas (horizontales, verticales o de conglomerado). En otras palabras, la variable de mayor incidencia en la duración de los trámites de notificación ha sido el mero paso del tiempo. Esta conclusión preliminar se confirma al revisar los números analizados más actuales (2012 y 2013), lo cual plantea serias preocupaciones de cara al futuro.

No resulta difícil anticipar que durante los años venideros, de mantenerse el status quo e independientemente de (i) la cantidad de transacciones notificadas y (ii) la naturaleza de tales operaciones, la duración de los trámites seguirá incrementándose lo cual nos obliga a pensar y analizar si existe forma de mejorar el espectro normativo, a efectos de volver el proceso antitrust en Argentina más eficiente y “business friendly”.

Todo esto se da en el marco de tasas de autorización notablemente altas conforme se expone a continuación: de las 671 notificaciones ocurridas desde 1999 hasta 2011, más del 90% (604) fueron aprobadas sin ningún tipo de condicionamiento, bajo el art. 13 inc. a) de la LDC. El 10% restante se repartió principalmente entre operaciones (i) autorizadas (cfr. Art. 13.a) pero con algún condicionamiento

(3,1%), (ii) subordinadas cfr. Art. 13.b) (6,3%) y (iii) denegadas cfr. art. 13.c) (0,6%)[12].

III. Hacia dónde va el mundo. El caso de la Unión Europea [\[arriba\]](#)

Recientemente, en Diciembre de 2013, la Comisión Europea (la “Comisión”) ha dictado un paquete de medidas que simplifica el procedimiento de revisión de fusiones, de tres maneras:

En primer lugar, la Comisión amplía el alcance de las fusiones simplificadas que son objeto de análisis. Esto le permitirá a las compañías usar un formulario de notificación más corto para aquellas transacciones que no generan preocupaciones competitivas. Entonces, las empresas deberán acompañar mucha menos información y la Comisión podrá entonces autorizar la fusión sin investigar sus efectos entre los clientes, competidores y otras partes.

Asimismo, con relación a todas las fusiones, la Comisión reduce la carga de información que necesita de parte de las empresas notificantes de una fusión. Finalmente, la Comisión ha tomado medidas para mejorar la etapa de pre-notificación.

Esta serie de medidas permitiría que el 60-70% de todas las fusiones que se notifiquen califiquen como tramite simplificado. Esto representa un 10% más de lo que existe hoy en día.

IV. Conclusiones [\[arriba\]](#)

El régimen de fusiones en Argentina ha sido introducido con la promulgación de la LDC en 1999, por lo que es un régimen relativamente nuevo y joven. Sin embargo, atento a la realidad práctica que analizamos previamente, algunas cuestiones merecen ser revisadas a efectos de mejorar la operatividad de las notificaciones. En efecto, recordamos que la Res. 40/01 fue emitida en el 2001 -han pasado más de 13 años desde su dictado- y no hay que olvidar que allí se discuten temas de procedimiento que son esencialmente cambiantes.

Hemos visto ya en este artículo que, atento a los últimos antecedentes jurisprudenciales, nuestro sistema de control de fusiones se inclinaría por ser de carácter previo para cierto tipo de transacciones (esencialmente problemáticas), pero el tema no está exento de debate.

La situación se torna aún más compleja cuando nos encontramos frente a las significativas demoras que presenta el análisis que lleva a cabo la autoridad antitrust (incluso para transacciones sencillas, sin preocupaciones competitivas).

Dicho análisis competitivo local puede incluso durar 2 o 3 años, lo cual, independientemente de que estemos ante un sistema de control previo o posterior[13], nos pone en una situación de diferencia frente al resto del mundo, donde en jurisdicciones como la Unión Europea o Brasil, se están adoptando medidas para que el procedimiento sea cada vez más acelerado y menos problemático, pesado y costoso para las empresas notificantes.

Resulta prudente recordar un análisis de la consultora Orlando Ferreres y Asociados (OJF) que muestra que 2013 ha sido un año con muchos perdedores en Argentina.

Así, muchas empresas han dejado nuestro país tales como el grupo mexicano Elektra, y muchas otros han seguido sus pasos, entre otras, la neozelandesa Sealord (vendió la pesquera Yuken), la española Axel Hotels, la italiana Telecom, la belga Solvay y la estadounidense Starbucks. El mismo informe menciona a algunas que achicaron su operación local, como la brasileña Petrobras, la japonesa Sanyo, la alemana Basf y la estadounidense Apache (todas vendieron una parte a compradores argentinos).[14]

Lo anterior constituye una señal de que la LDC y el control de fusiones se desenvuelven en el marco de una coyuntura económica. Por tal motivo resulta propicio que el marco regulatorio aplicable se alinee con el resto del mundo y que la realización de un “filing” (procedimiento) local no constituya una pesada carga que vaya a contramano del resto de las jurisdicciones.

[1] La LDC fue sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre del mismo año.

[2] Para adquirir una noción acabada de cómo se fue desarrollando el régimen de control de fusiones en Argentina, recomiendo la lectura del trabajo de investigación realizado por los Dres. Grecco y Petrecolla titulado “El control de Fusiones y Adquisiciones en Argentina (1999-2011): Indicadores de desempeño”. http://mpr.ub.uni-muenchen.de/41890/1/MPRA_paper_41890.pdf (disponible en Internet el 3 de mayo de 2014).

[3] ARTICULO 6° – A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización 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 misma;
- d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica 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.

[4] ARTICULO 8° – Los actos indicados en el artículo 6° de esta Ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 200.000.000), 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, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d). Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda.

A los efectos de la presente ley se entiende por volumen de negocios total los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios

realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. (...).

[5] ARTICULO 10. – Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo anterior las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones;
- b) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;
- c) 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;
- d) Adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año).
- e) Las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 6° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$ 60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

[6] CABANELLAS, Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia/2”, página 138, Editora Heliasta, Buenos Aires, 2005.

[7] Autos No 85.649, caso “Belmonte, Manuel y Asociación Rural de Gral. Alvear - Mza I” decisión de fecha 25 de abril de 2005, dictada por el Juez Federal de la Ciudad de San Rafael.

[8] Dictamen CNDC 4/2009 de fecha 9/1/2009, Conc. S01:0147971/2007 - DP No 29, “Telefónica de España, Olímpia y otros. Diligencia Preliminar art. 8 Ley 25.156”.

[9] Según Grecco y Petrecolla, “esa unidad de medida [días hábiles administrativos] no resulta útil para comparar los diferentes casos o para evaluar la evolución en el tiempo de la duración de los trámites, dada la heterogeneidad en los cómputos de los plazos de cada operación”. Personalmente, coincido con este criterio, es por eso que lo más conveniente sería analizar la duración considerando el inicio de trámite de notificación hasta que la resolución final es emitida y notificada a las Partes.

[10] En palabras de Grecco y Petrecolla “los plazos establecidos suelen ser interrumpidos en diferentes ocasiones, cuando la CNDC realiza observaciones por considerar incompletas las presentaciones o bien cuando solicita la presentación de los Formularios F2 o F3”.

[11] El plazo máximo de aprobación de un trámite en 2011 ascendió a 1455 días, lo cual equivale a más de 3 años.

[12] GRECCO, Esteban M. y otros, 12.

[13] La realidad indica que la gran mayoría de las transacciones suelen cerrar e implementarse mientras el análisis antitrust argentino todavía sigue en marcha.

[14] MANZONI, Carlos, “Economía en rojo: se fue un año con muchos perdedores”, Diario La Nación de fecha 5/1/2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1652797-economia-en-rojo-se-fue-un-ano-con-muchos-perdedores> (disponible en Internet el 3 de mayo de 2014).

© Copyright: Universidad Austral