

**Tipo de documento:** Tesis de maestría

*Maestría en Derecho y Economía*

# Los contratos de colaboración empresaria y la defensa de la competencia. Un análisis de la situación actual

**Autoría:** Virgolini, Laura Andrea

**Año de defensa de la tesis:** 2022

## ¿Cómo citar este trabajo?

Virgolini, L. (2022) "Los contratos de colaboración empresaria y la defensa de la competencia. Un análisis de la situación actual". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12368>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Argentina (CC BY-NC-SA 4.0 AR)  
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**–MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA–**

**“Los contratos de colaboración empresarial y la defensa de la competencia. Un análisis de la situación actual”**

Maestrando: **Laura Andrea Virgolini**

Para el título **Magister en Derecho y Economía**

Tutor: **Martín Ataefe**

Buenos Aires – Argentina

Junio 2022

## INDICE TESIS

### **INTRODUCCIÓN.**

1. Delimitación de objeto de la investigación.....	3
2. Cuestión Metodológica.....	6
3. Contenido, objeto y plan de exposición.....	8

### **CAPITULO I: El fenómeno de la colaboración empresarial**

<b>1.1. Acuerdos entre competidores. Contratos asociativos y Joint Ventures.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. Colaboración empresarial en el derecho argentino. Antecedentes. Los “Contratos asociativos”: regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación... </b>	<b>12</b>
<b>1.3. Contratos asociativos típicos</b>	
1.3.1. Agrupaciones de colaboración.....	15
1.3.2. Consorcios de cooperación.....	17
1.3.3 Uniones transitorias.....	18
<b>1.4 Exigencia de remisión de copia del contrato a la autoridad de competencia... </b>	<b>20</b>

### **CAPITULO II: Joint Ventures y control de concentraciones económicas**

<b>2.1. Aspectos dinámicos vs. Aspectos estructurales de la competencia.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2. Acuerdos de cooperación y el control de concentraciones económicas en Estados Unidos.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3. Acuerdos de cooperación y control de concentraciones económicas en la Unión Europea.....</b>	<b>28</b>
<b>2.4. Acuerdos de cooperación y control de concentraciones económicas en Brasil y Chile.....</b>	<b>35</b>
<b>2.5 El control de concentraciones en el Derecho argentino. Concepto de “Toma de control”. Acuerdos de cooperación como actos de concentración económica.....</b>	<b>37</b>

**CAPITULO III: Tratamiento de los acuerdos de cooperación no concentrativos en distintas jurisdicciones**

<b>3.1. Regulación de acuerdos de cooperación en Estados Unidos.....</b>	<b>50</b>
<b>3.2. Regulación de acuerdos de cooperación en Unión Europea.....</b>	<b>59</b>
<b>3.2.1. Exenciones por categorías. Evaluación especial para tipos de cooperación más comunes (investigación y desarrollo, comercialización o compras conjuntas).....</b>	<b>67</b>
<b>3.3. Los Joints ventures o contratos de colaboración empresaria bajo legislación argentina.....</b>	<b>71</b>
<b>3.3.1. La nueva ley 27.442 y la inclusión de “prohibiciones per se” (Art.2 L.D.C).....</b>	<b>73</b>
<b>3.3.2. Concesión de permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2° (Art. 29 L.D.C).....</b>	<b>80</b>
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>91</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>95</b>
<b>NORMATIVA.....</b>	<b>98</b>

## **INTRODUCCIÓN**

### **1) Delimitación del objeto de la investigación.**

Una adecuada regulación en materia de defensa de la competencia, como así también la existencia de una autoridad de aplicación que funcione correctamente, nos permiten pensar que es posible la existencia de un Estado de derecho que permita la asignación de recursos mediante el funcionamiento de las leyes del mercado, maximizando las ventajas que ello trae aparejado para los consumidores y usuarios y minimizando los potenciales perjuicios que pudieran resultar de eventuales interferencias en el libre juego de la oferta y de la demanda.

Como sucede con todas aquellas actividades en las cuales interactúan empresas y consumidores y/o usuarios, la regulación y control del Estado es relevante; y debe asegurar que las normas sobre defensa de la competencia sean justas y se apliquen con criterio.<sup>1</sup>

Se ha definido al derecho de la competencia como la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de aquellas conductas unilaterales o acuerdos entre empresas que impliquen exclusión de acceso a competidores, la restricción o limitación a la libre competencia en el mercado resultando en una afectación del interés económico general, lo que se traduce en un impacto negativo en los excedentes de los productores y/o de los consumidores. Esta rama también incluye el control de concentraciones económicas que puedan favorecer el surgimiento de conductas anticompetitivas en el mercado. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de los bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente, dinámica y apta para

---

<sup>1</sup> SORIANO GARCIA, citado por CERVIO, G. y ROPOLO, E. (2010). *Ley 25.156 Defensa de la competencia Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, p.1.

incorporar al mercado la innovación. Son éstas condiciones necesarias para el desarrollo económico.<sup>2</sup>

La existencia de monopolios o niveles altos de concentración económica no es necesariamente indeseable. Sin embargo, normalmente los monopolios conducen a pérdidas económicas para la sociedad como consecuencia del ejercicio del poder de mercado, mediante la fijación de precios altos y reduciendo las cantidades ofrecidas; además, la calidad y diversidad del producto y servicio ofrecidos también podrían verse afectados en forma negativa. La sociedad se ve entonces beneficiada si existen limitaciones impuestas a los monopolios o a las concentraciones económicas que lleven a un nivel de concentración alto que no se vea compensado con ganancias de eficiencia que puedan trasladarse a los consumidores.<sup>3</sup>

La existencia de gran cantidad de empresas rivalizando entre sí para aumentar su participación en el mercado, muy probablemente conducirá a una búsqueda de mayor eficiencia, lo cual redundará en una mejor asignación de los recursos y en la eliminación de costos y gastos innecesarios en los procesos de producción y venta de sus productos. Asimismo, dicho contexto incentivará a las compañías a innovar y a la mejora continua de sus procesos para ganar competitividad. En consecuencia, el impacto en consumidores y usuarios finales podrá resultar altamente positivo, permitiéndole adquirir bienes y servicios a menores precios y de mejor calidad.

Como se analizará más adelante, la política de competencia está compuesta de dos ramas: la política conductual y la política estructural. Difieren en que la política estructural se ocupa de un aspecto más rígido, la estructura del mercado, lo que justifica en parte el control ex ante.

A pesar de la enorme relevancia que adquirieron a nivel mundial y local los acuerdos de colaboración entre empresas, nuestra legislación en materia de defensa de la competencia no alude especialmente a ellos, ni existe desarrollo doctrinario y jurisprudencial relevante vinculado a esta temática. Asimismo, la normativa no es clara respecto a las circunstancias donde un acuerdo de este tipo podría calificar como fusión

---

<sup>2</sup> DE DIOS, M.A., Comentarios a la Reglamentación de la Ley de defensa de la Competencia, LA LEY, 2001- B, 969.

<sup>3</sup>VISCUSI, W. KIP.; VERNON, JOHN, M. HARRINGTON & JR. JOSEPH (2001), *Economics of Regulation and Antitrust*, 3º edition, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, p.4.

o concentración económica que exigiera un control previo por parte de la autoridad de aplicación.

A la falta de claridad y precisión de la norma antitrust se sumaría una evidente falta de coherencia en una mirada sistémica de todo el ordenamiento legal. Esto se evidencia en las normas vigentes del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de contratos asociativos y la limitada obligación de informar sobre la firma de tales acuerdos a la autoridad de aplicación por parte de los registros públicos, sin fundamentos concretos que expliquen adecuadamente las razones de tal regulación.

Conforme desarrollaremos en este trabajo, la falta de regulación e imprecisión en la normativa respecto de esta clase de cooperación entre empresas se contraponen a la extensa labor en materia de Derecho Comparado que ha regulado especialmente la materia generando copiosa regulación y jurisprudencia al respecto, como así también lineamientos específicos.

Otro elemento que suma mayor incertidumbre a la regulación vigente, es la reciente reforma a la ley de Defensa de la Competencia (Ley 27442) del año 2018 que calificó en el art. 2 a determinadas conductas como “absolutamente restrictivas de la competencia”, cláusulas que usualmente suelen incluirse en contratos asociativos entre empresas. La doctrina no es conteste respecto de cuál es el carácter que se le dará a la posible inclusión de cualquiera de dichas conductas en eventuales acuerdos, si serán nulos de plenos derecho sin admitir prueba en contrario o si se trata solamente de una presunción de daño al interés económico general.

Los empresarios que pretendan constituir acuerdos que incluyan cláusulas de este tipo podrán pedir autorización a la autoridad de aplicación conforme prevé el art. 29 de la LDC. Sin embargo, el reciente proyecto en discusión en el Congreso de la Nación propone la eliminación de tal artículo referente al otorgamiento de permisos, pero manteniendo la vigencia del art.2, lo cual deja a las empresas con mayor incertidumbre respecto de la legalidad de sus convenidos colaborativos a futuro. .

Sobre la base de una investigación preliminar comprobé que el vínculo entre contratos de colaboración empresarial y defensa de la competencia se trata de una cuestión que muchos de los operadores jurídicos tradicionales no terminan de desarrollarlo en nuestro país. Muchos autores lo soslayan, sin trabajarlo específicamente en sus obras.

El motivo de este abordaje insuficiente podemos encontrarlo en la ausencia de referencias específicas a la temática en la propia legislación de defensa de la competencia. Por otro lado, en la jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, sólo existen registros esporádicos de resoluciones que refieren a empresas solicitando autorización para la constitución de Joint Ventures, resultando muy limitada la cantidad de antecedentes sobre la temática. Recién en 2019, la autoridad de aplicación emitió un proyecto de lineamientos relativo al control de concentraciones que refiere puntualmente a los Joint Ventures y su evaluación en materia de fusiones, pero el mismo aún no se encuentra en vigencia.

Resulta más que llamativo este limitado tratamiento local, a pesar de la existencia de abundante legislación y jurisprudencia tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos que desarrollan extensamente la temática, con detallados lineamientos sobre distintas especies de acuerdos, como así también su tratamiento expreso en la legislación de países vecinos como Chile y Brasil.

Para que pueda existir competencia efectiva en el mercado, es indispensable la debida aplicación de la legislación vigente y una autoridad de contralor que haga uso adecuado y oportuno de dichos instrumentos legales. Sin embargo, una norma poco clara o precisa, o la existencia de vacíos legales, genera confusión en los agentes económicos como así también en el organismo de aplicación, obteniendo como resultado el surgimiento de ineficiencias y la generación de importantes costos sociales.

## **2) Cuestión metodológica**

El derecho es una realidad compleja integrada por diversas facetas, lo cual implica que su abordaje puede realizarse desde distintas disciplinas. Entre ellas, la teoría económica adopta un papel de suma importancia. El derecho debe ser analizado desde el punto de vista económico como un elemento que las personas tienen en consideración cuando toman decisiones. Sobre esa base, la investigación antitrust se basa en la evidencia económica para demostrar los hechos imputados o presupuestos bajo una norma legal.

La metodología en el presente trabajo de tesis de maestría, apunta a examinar los conceptos y hechos jurídicos a partir de hipótesis, contestadas por medio de un examen crítico.

En el presente trabajo se acudirá al análisis económico del derecho, como mecanismo orientador de las normas que configuran el derecho antitrust, su política de conductas y los supuestos de control previstos en la norma, con especial foco en los contratos de colaboración empresarial.

La economía tiene por objeto el estudio de las elecciones en contextos de escasez y, por lo tanto, un ámbito mucho más extenso que el de los mercados de bienes y servicios. La hipótesis básica es que las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o bienestar en los más diversos contextos de la vida social.

Si las personas buscan maximizar su utilidad, se sigue que responden a cambios en la relación de valor entre diversas alternativas u opciones de un modo determinado, que puede ser explicado por la teoría. En el caso de la economía aplicada al derecho, se asume que las personas cuando toman decisiones responden a cambios en los precios implícitos contenidos en las reglas legales del mismo modo que lo hacen respecto de precios monetarios en los mercados de bienes y servicios.<sup>4</sup>

Uno de los temas centrales de la economía normativa, es decir aquella parte de la economía que persigue sugerir cambios o modificaciones a las instituciones, es identificar equilibrios y examinar su grado de deseabilidad. El modo más frecuente que tiene el economista de examinar el grado de deseabilidad de un equilibrio es por medio del concepto de eficiencia.<sup>5</sup>

Los mercados competitivos conducirían a equilibrios eficientes en el sentido de Pareto, puesto que no hay ninguna distribución alternativa de los recursos capaz de mejorar a alguno sin empeorar al mismo tiempo a otro participante del mercado. Es, en este sentido, que la mano invisible del sistema de precios lleva a que las personas tomen decisiones consistentes con el bienestar aun cuando éste no sea la finalidad u objetivo perseguido.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Op. Cit, p.29.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Op.cit, p.32.

La base del análisis económico del derecho es que toda norma o institución jurídica dispone incentivos concentrados en precios y costos implícitos (precios sombra) que pueden orientar la conducta hacia comportamientos eficientes o ineficientes.<sup>7</sup>

En ese contexto, la defensa de la competencia es una clase de regulación indirecta del mercado y su objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las cuales se estima que lo más eficiente desde el punto de vista social es que existan varias empresas que compitan entre sí. El fundamento económico de las leyes antimonopolio es promover mercados competitivos haciendo que determinadas acciones destinadas a ejercer el poder de mercado, ya sea realizada por una sola empresa o por un grupo de empresas, sean ilegales.

Se ha entendido que la trascendencia del análisis económico de la legislación antimonopolio reside no sólo en la naturaleza de la ley estudiada, por ser ella un instrumento de regulación de las actividades productivas, sino también al hecho de que muchos de los conceptos allí empleados sólo presentan sentido y aplicabilidad en la medida en que se apoyan en una imagen determinada de la realidad económica, tanto en lo que concierne a su funcionamiento como a los fines de ésta. Conceptos tales como “distorsionar la competencia” o “perjudicar el interés económico general” incluidos en el Art.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, piedra angular de ésta, hacen referencia implícita a un modelo teórico de lo que debe ser la competencia y el interés económico general, que no es elaborado en principio por las ciencias jurídicas, sino por las económicas.<sup>8</sup>

En virtud de lo señalado, más allá de la metodología utilizada, se recurrirá al análisis económico del derecho dado que, en el análisis del derecho de la competencia, se deben realizar dos enfoques relacionados con ello. Por un lado, en forma general, tal como todas las ramas jurídicas, al analizar si las conductas concretas contribuyen a alcanzar esos objetivos perseguidos; y, por el otro lado, incluye el análisis propio de la rama para la aplicación de los institutos previstos en la ley.

### **3) Contenido, objetivos y plan de exposición**

---

<sup>7</sup> STORDEUR, E. (h) (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot p.36.

<sup>8</sup> H. P FARGOSI, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., (2005). *Derecho antimonopólico y de la defensa de la competencia*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, p.19.

La tesis busca desarrollar una investigación con rigor y profundidad, sobre el abordaje actual de los contratos de colaboración empresaria desde la óptica de defensa de la competencia en el Derecho argentino. En el marco del mismo, se analizará si la norma es compatible con sus objetivos, si resulta aconsejable incluir modificaciones a la normativa vigente y cuál debería ser la dirección de tales reformas.

La importancia del tema de investigación se centra en la necesidad de imponer una justa medida de control que, en primer lugar, contribuya a controlar más temprana y eficientemente aquellos acuerdos que pudieran ser perjudiciales para la competencia de manera de evitar su consolidación y la generación de daños en el bienestar general. En segundo lugar, que aquella medida de control sobre los contratos asociativos otorgue un mayor grado de seguridad jurídica a los agentes de manera de incentivar aquellos acuerdos más favorables al desarrollo económico.

La tesis está estructurada en cinco capítulos. En el primero, se estudia con carácter general, el fenómeno de la colaboración empresarial a través de acuerdos entre competidores. Se analiza la actual regulación de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente entre los contratos asociativos típicos se desarrollan las disposiciones referidas a las agrupaciones de colaboración, consorcios de cooperación y Uniones transitorias.

En el segundo capítulo trata sobre el abordaje de los Joint Ventures en relación al control de concentraciones económicas, en nuestro Derecho positivo como así también en Derecho Comparado. En primer lugar, se distinguen los aspectos dinámicos de los aspectos estructurales de la competencia, y los distintos enfoques aplicables. Seguidamente se analiza la regulación de los acuerdos colaborativos desde el control de concentraciones económicas en Estados Unidos, Unión Europea, Chile y Brasil. Finalmente, se reseña cuál es el tratamiento de los Joint Ventures o acuerdos de colaboración empresarial desde la mirada del control de concentraciones económicas en el Derecho Argentino.

En el capítulo tercero se abordará el control de los contratos de colaboración empresarial que no constituyen una concentración económica desde la defensa de la competencia. Primeramente se explica el tratamiento de los acuerdos de cooperación de tipo “no concentrativos” en el derecho comparado. Se reseña la regulación vigente y jurisprudencia aplicable en los Estados Unidos y en la Unión Europea. Finalmente se

desarrolla la regulación argentina en esta materia. Se analiza la actual inclusión de las supuestas “prohibiciones per se” en el Art. 2 y se indaga acerca de las posibilidades de aplicación del art. 29 de la LDC que habilita la concesión de permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art.2 LDC.

En el cuarto capítulo se intenta exponer las conclusiones del presente trabajo. La finalidad es esencialmente poner de resalto la importancia de adoptar una mirada más atenta a este tipo de estructuras jurídicas en relación a la regulación de la competencia en nuestro país y esbozar sugerencias de solución a los inconvenientes que generan ciertas imprecisiones de la normativa vigente y proponer modificaciones.

## 1. El fenómeno de la colaboración empresarial.

### 1.1 Acuerdos entre competidores. Contratos asociativos y Joint Ventures.

Las relaciones de colaboración entre empresas resultan de enorme importancia en la economía moderna, adquiriendo cada vez mayor atención de la doctrina en el análisis de sus dinámicas y efectos en los mercados. Dichas relaciones permiten la concentración de esfuerzos en torno a intereses comunes, optimizando los resultados necesarios sin necesidad de acudir a figuras societarias. Las compañías pueden tener distintas fortalezas, pero cooperando pueden convertirse en más efectivas o tener mayor capacidad de crear nuevos productos o servicios que no podrían proveer por separado.

El fenómeno de la colaboración o concentración empresarial no personificante, fue recogido en la legislación comparada y así surgieron nuevas formas jurídicas para vehiculizar estos vínculos de integración, cuyos más paradigmáticos ejemplos son los “Joint Ventures” del derecho anglosajón, los “consorcios” en Italia y los “grupos de interés” en Francia.<sup>9</sup>

El Joint Venture es una figura originaria del Derecho anglosajón que proviene del término Joint adventure y su origen se remonta a las relaciones de Derecho que surgieron de la ley de “partnerships” hacia fines del siglo XIX y su utilización masiva proviene de los Estados Unidos de América<sup>10</sup>. Dicho tipo contractual ha sido definido como una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar de un proyecto común, generalmente específico, para una utilidad común sin formar ni crear una “corporation” o estatus de una partnership en sentido legal, acuerdo que también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada “venturer” ejercerá algún grado de control.<sup>11</sup>

En el fenómeno de colaboración empresarial las empresas que realizan aportes mantienen su identidad y autonomía en lo que respecta al resto de sus actividades, por lo

---

<sup>9</sup> ROITMAN, H., SANCHEZ, M. V & LOPEZ ROVOL A., (2018), *Contratos Asociativos*, 1° Ed. Revisada, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni, p.16.

<sup>10</sup> MARZORATI, O. J. (1996), “*Alianzas estratégicas y “Joint ventures”*”, Buenos Aires, Ed. Astrea, p.73.

<sup>11</sup> WILLISTON, A treatise on the Law of Contracts, citado por LE PERA, S. (1992), “*Joint Venture y sociedad*”, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 70/71.

que nos enfrentamos ante una forma de integración o agrupación entre empresas independientes.<sup>12</sup>

Las formas que puede adquirir un Joint Venture son tantas y tan diversas como las necesidades del tráfico comercial moderno. En general, se distingue entre un Joint Venture de tipo societario, por medio del cual las partes constituyen un nuevo sujeto de derecho y en el que la autonomía de la voluntad se ve limitada por la -obligación de adoptar alguna de las formas societarias establecidas en la legislación<sup>13</sup> y el Joint Venture contractual, en donde las partes deciden cooperar de distintas maneras pero sin crear un nuevo sujeto de derecho.<sup>14</sup>

## **1.2. Colaboración empresarial en el derecho argentino. Antecedentes. Los “Contratos asociativos”: regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

El Sistema Jurídico Argentino no reconoce la existencia de un “Derecho de los Joint Ventures” sino que se trata de una categoría analítica meta jurídica de naturaleza económica, que será gobernada por el Derecho de los contratos o por el Derecho Societario (tradicionalmente aplicables a la especie) según sea el ropaje que este adopte.<sup>15</sup> Si bien el Código de Comercio reguló la figura de sociedad accidental o en participación (cuya normativa fue luego seguida en lo sustancial por la Ley de Sociedades Comerciales), recién a partir de la sanción de la ley 22.903 se incorporaron los “contratos de colaboración”, previendo expresamente que no eran persona jurídica, pero agregándolo a la nomenclatura societaria.

Antes de la ley 22.903, el Derecho argentino carecía de normas respecto de los agrupamientos de sociedades. Las vinculaciones de empresas para el desarrollo de actividades comunes se canalizaban a través de “contratos innominados” (Art.1197 Cod. Civ.)<sup>16</sup> con el riesgo de que tal vínculo fuera pasible de encuadrarse como sociedad

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> ROPOLLO, E., “*Joint Venture*” y el control de Concentraciones económicas, en L.L. del 07/08/2008, 2008-d-1308. .

<sup>14</sup> ROITMAN, H., SANCHEZ, M. V & LOPEZ ROVOL A., (2018), *Contratos Asociativos*, Op.cit, p.22.

<sup>15</sup> BIAGGINI P. & ASPLINDH H. (2002) *Joint venture y el control previo de fusiones & adquisiciones* en el Derecho argentino, Boletín Latinoamericano de Competencia, Abril 2002, Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_14\\_part2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_14_part2.pdf) Consultado el 14/05/2022.

<sup>16</sup> CNCom. Sala A, 11-9-81 “Calzetta, Antonio c. Coordinadora de Servicios S.A.”, L.L. 1983-A-566, 36244-S: “... nótese que en este caso no aparecen los aportes para la formación del patrimonio, affectio societatis y organización, por lo que no se configura la totalidad de los elementos específicos para la

irregular o de hecho (art.21 LS).<sup>17</sup> Ante este escenario, se acudió también a las figuras societarias para estructurar estas vinculaciones (generalmente sociedades por acciones), lo que significaba un exceso de formalismo y una solución para la cuestión externa, más no daba una adecuada regulación de las relaciones internas cuyo vínculo no se correspondía con el de los socios de una sociedad.<sup>18</sup>

La necesidad de dar respuesta jurídica al fenómeno de la concentración empresarial y salvar los escollos que se derivaban de la limitación que preveía el artículo 30 de la LS<sup>19</sup> (hoy reformado), impulsó la sanción de la Ley 22.903 (1983) que incorporó los contratos de colaboración empresaria a la LS bajo dos figuras: las Agrupaciones de Colaboración (AC) y las Uniones Transitorias de Empresas (UTE)<sup>20</sup>.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), en vigencia a partir del año 2015, siguiendo los lineamientos de los Proyectos de 1993 y 1998, recoge en su seno los vínculos de colaboración asociativa trasvasando la regulación que existía en las leyes especiales. En el marco de los contratos particulares, el Capítulo 16, bajo el título

---

existencia de un contrato de sociedad. El mecanismo operativo adoptado por las partes corresponde al de un contrato atípico o innominado, que es aquel resultante de la libre voluntad de las partes, debiendo ser su principio rector el de respeto a la voluntad expresa o tácita de las partes”.

<sup>17</sup> ROITMAN, H., (2011) *Ley de sociedades Comerciales comentada*, 2da ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, p.602.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> El artículo 30 de la LS disponía originariamente: “las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones”. La norma fue cuestionada y no existía criterio uniforme respecto a si la previsión incluía o no a los contratos de colaboración. Hoy no hay dudas pues la ley 26.994 modificó el artículo 30 de la LGS, que textualmente reza: “(Sociedad socia): Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo”.

<sup>20</sup> ROITMAN, H., *Joint Ventures*, en RDCO 1993-248; MUIÑO, O. M. y RICHARD, E. H. ¿Qué es sociedad y qué es contrato de colaboración en el Anteproyecto? En torno al cambio estructural propuesto por la reforma en curso, en L.L. Online 003/010814: “El sistema actual, con la modificación introducida en 1983, reconoce expresamente la existencia de contratos de colaboración típicos normados como formas no personificantes”. CONTRA VÍTOLO, *Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación, ¿Y si el perro dice “..miau”?* Trabajo presentado en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 2015, p.349. “Es decir que, para no derogar el art.30 de la Ley de Sociedades, la ley 22.903 introdujo un nuevo capítulo con figuras contractuales similares a las sociedades comerciales, pero regulándolas como si fueran totalmente ajenas a las reglas de la ley a la cual se incorporaban. Algo parecido a las sociedades- o idénticas a ellas- bajo una suerte de complejo de culpa de no poder nominarlas de esa manera”; BOLESO, H.: *Algo más acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de colaboración empresaria*, en L.L. 1987- A-1064, manifestó que el legislador ha incurrido en contradicciones ya que este tipo de contratos tienen notas de personalidad jurídica (administrador o representante, Fondo Común operativo, etc) que le dan el carácter de sociedad.

Contratos asociativos (arts.1442 a 1478) regula las agrupaciones de colaboración (AC), Uniones Transitorias (UT) y consorcios de cooperación introducidos por disposiciones generales (arts.1442 a 1447), desligando su regulación del ámbito societario. También se incluye el negocio en participación, denominación que la doctrina asignaba a las mal llamadas “sociedades en participación”.

La función de estos contratos es la cooperación entre las partes para alcanzar un interés común<sup>21</sup>. La colaboración que tipifica el ordenamiento importa una vinculación contractual entre los partícipes, que mantienen su independencia y autonomía (no desde el plano jurídico formal, sino también desde lo económico-sustancial)<sup>22</sup>, para la consecución de un propósito común según el grado de integración que prevea el contrato.

El CCC no incorpora un concepto de “contratos asociativos”, se limita a fijar las pautas a las que deben ajustarse las partes en orden a la configuración de un contrato de este tipo. LEIVA FERNÁNDEZ señala la finalidad común, el esfuerzo mutuo, el carácter plurilateral y la comunidad de fines.<sup>23</sup> Los contratos asociativos no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho, tienen carácter contractual y no gozan de personalidad jurídica.

El CCC consagra un amplio margen a la autonomía de la voluntad que autoriza el despliegue de cláusulas concordantes con los fines que se persiguen en cada caso en particular. <sup>24</sup>Las partes podrán utilizar algunas de las figuras legales tipificadas o bien celebrar un contrato innominado (art.970 CCC).<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> CESARETTI, M. & CESARETTI, O. (2016), Los contratos asociativos en la unificación, en Revista del Notariado, N°920, Abril- Junio de 2015, fecha de publicación: febrero 2016, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/02/los-contratos-asociativos-en-la-unificación/>. “*La comunidad de fines no determina la existencia de un fin autónomo del ente como se da en la figura societaria, sino un fin de cada partícipe hacia la concreción del opus, coordinado pero no autónomo*”.

<sup>22</sup> ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, Op. Cit. p.608

<sup>23</sup> LEIVA FERNÁNDEZ (2017), *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Ed. La Ley., t.6 p.1.

<sup>24</sup> Artículo 1446 del CCC. “Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”.

<sup>25</sup> Si el vínculo de colaboración establecido entre las partes no puede encuadrar en ninguna de las figuras típicas contempladas, estaremos frente a un contrato innominado. El art.970 del CCC dispone que están regidos en el siguiente orden: a) voluntad de las partes; b) normas generales sobre contratos y obligaciones; c) usos y prácticas del lugar de celebración y d) disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad. Al igual que en los contratos asociativos nominados, la voluntad de las partes no puede derogar las normas indisponibles y, en caso de conflicto, éstas desplazan a las convenciones particulares.

El artículo 1444 CCC sienta el principio general según el cual los contratos asociativos no están sujetos a requisitos de forma. En resguardo de la seguridad jurídica y tutela de los terceros, la ley les impone una forma determinada<sup>26</sup> a las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias y los consorcios de cooperación, los que se deben instrumentar por escrito<sup>27</sup>.

Al igual que el régimen derogado, el CCC prevé la inscripción en el registro para los contratos tipificados. La inscripción registral no es constitutiva de derechos, sino meramente declarativa (art. 1447 CCC), los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes.

Estos contratos tienen un régimen de representación propio. El artículo 1445 regula la posibilidad de contratar en nombre de la organización común. No es una representación orgánica, sino de mandato pues no conforma personalidad jurídica diferenciada<sup>28</sup>.

### **1.3 Contratos asociativos típicos**

A los fines del presente trabajo, se analizarán las Agrupaciones de colaboración, las Uniones Transitorias y los Consorcios de cooperación, todos contratos asociativos típicos formales, para los que la ley exige su instrumentación en forma escrita. Las semejanzas entre estas figuras son importantes, lo que conduce a poner en tela de juicio la actual regulación del CCC en relación a la exigencia de informe a la autoridad de competencia circunscripta a uno sólo de estos contratos, conforme posteriormente expondremos.

#### **1.3.1 Las agrupaciones de colaboración**

---

<sup>26</sup> El recaudo formal específico prescripto por la ley no es impuesto ad solemnitatem por lo que su inobservancia no acarrea la nulidad del acto, vale como contrato en el que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad (art.969 y 285 CCC).

<sup>27</sup> La forma escrita da publicidad del contrato informando a los futuros contratantes acerca de los miembros de la agrupación y de su solvencia y protege contra las sorpresas del consentimiento y las dificultades de prueba- GUYENOT, Jean, Tipología de los grupos de interés económico: la comprobación del contrato por escrito; sus condiciones de forma, en L.L. 1986-B-903)

<sup>28</sup> CNCom, Sala A, 14-11-97, Cotecar SRL C. Logis S.A., L.L. Online: 60000725, www.laleyonline.com.ar.

Las Agrupaciones de colaboración (AC) son acuerdos especiales celebrados con la finalidad de establecer una colaboración y unidad de decisión referente a una fase o fases de la actividad de cada uno de los miembros otorgantes (Artículo 1453 CCC<sup>29</sup>).

En la Exposición de Motivos<sup>30</sup> de la ley 22.903 se señaló que “fases” de la actividad empresarial refiere a la posibilidad de dividir idealmente la actividad de la empresa en operaciones que conserven, en el contexto global de la empresa, una cierta individualidad y que podrían resolverse en organizaciones autónomas. Igual consideración cabe en el régimen del CCC. La circunstancia de que se trate de fases de la actividad de los miembros significa que no podría abarcar a toda la actividad de las empresas, porque ello invadiría campos propios del derecho de la competencia y de las sociedades.<sup>31</sup>

En lo que respecta a los caracteres de este contrato,<sup>32</sup> se trata de un contrato sin fines de lucro<sup>33</sup> (Art. 1454 CCC), en el cual el único beneficio que se deriva del contrato es la forma en que se aumenta la productividad o reducción del costo<sup>34</sup>. Luego, se trata de un contrato con una duración limitada en el tiempo, atento que su finalidad es la de cumplir con una necesidad particular de los involucrados, con la limitación impuesta por el artículo 1455 inc.b CCC.

El inciso b del art.1455 CCC determina que el plazo de duración de las AC no puede exceder de diez años. Se prevé la posibilidad de prórroga antes del vencimiento con la condición de que la decisión sea tomada por unanimidad. En este aspecto, la agrupación se distingue de: a) La UT, pues en este caso la duración debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto (art.1464 inc. b CCC) y b)

---

<sup>29</sup> El define a las agrupaciones de colaboración (AC): “Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades”.

<sup>30</sup> Exposición de motivos, ley 22.903, Cap.III, Sec. II, &5.

<sup>31</sup> ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. & RAGAZZI, G., (1986), *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, paz. 77.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> La actividad realizada en común puede generar ventajas económicas más no en el sentido de lucro o ganancia a distribuir entre sus miembros, sino en la forma de beneficios que se traducen en la maximización o mejoramiento de la actividad de cada uno de ellos.

<sup>34</sup> Contra: BUSTAMANTE, J.E. (1985), *El fin de lucro en las agrupaciones de colaboración empresarial* L.L. 1985-A-967.

Consortios de cooperación, que no tienen limitación alguna en cuanto al plazo (art.1474 Inc.c CCC).

Las causales de extinción se encuentran contempladas en el artículo 1461 del CCC. Cabe subrayar especialmente el inciso vi) del Art. 1461 del CCC que establece como causal de extinción la decisión firme de la autoridad competente. Nos interesa a los fines del presente trabajo dicha causal, ya que se trata del caso en que se considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, busca la realización de prácticas restrictivas de la competencia (previstas en la ley 27442). La obligación del registrador de remitir una copia del contrato al organismo de control de la competencia, conforme se desarrollará más adelante, se ha establecido a esos fines.

### **1.3.2. Consortios de cooperación**

Esta clase de contrato asociativo ha sido definido como un “*contrato de conjunción y yuxtaposición de esfuerzos destinados a un objetivo común, limitado a la realización o consecución de un determinado emprendimiento o concertado sólo por un período muy prolongado de tiempo*”.<sup>35</sup>

La primera aparición en nuestro país de los consorcios de cooperación (en adelante (CoCo) sucedió con la sanción de la ley 26.005 en el año 2005<sup>36</sup>. Se configura un consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados (Art.1470 CCC).

Los CoCo, si bien deben establecer en sus contratos el plazo de duración (art.1474), no se encuentran limitados por un plazo máximo. El objeto del CoCo puede ser amplio, único o múltiple, y se configura por el conjunto de actos que el consorcio

---

<sup>35</sup> VITOLLO, D. (2015), *Sociedades Comerciales*, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, t. V-B, p.147.

<sup>36</sup> El antecedente inmediato de la ley 26005 es la Ley de Consorcios de Exportación 23.101, que en el inciso g, del artículo 1 establece como objetivo de la política comercial de exportación la promoción y fomento de la creación de compañías para el comercio exterior y la formación de consorcios y cooperativas de exportación, con el objeto de incrementar, particularmente, la participación de las empresas de capital nacional en los mercados externos. A esta norma le siguieron el decreto 174/85, que reglamentó los consorcios de exportación y el decreto 2407/86 con beneficios referidos al IVA para estos contratos. Esta norma buscaba posibilitar a las Pymes la integración en los mercados, teniendo presente que muchas veces productos de sus dimensiones veían obstaculizada la inserción económica frente a los grandes competidores. Otra de las finalidades fue promover la celebración de contratos de este tipo vinculados con la exportación<sup>36</sup>, con la promesa de brindarles beneficios económicos e impositivos.

podrá realizar en la aplicación del fondo común operativo o a los fines por los cuales se constituyó.

Este tipo de contrato constituye una modalidad asociativa con características muy similares a las AC pues en ambas figuras los partícipes establecen una organización común para desarrollar o mejorar sus actividades. Sin embargo, en los CoCo las partes pueden perseguir fines de lucro y exteriorizar su actuación hacia terceros, aspectos vedados en el contrato de AC.

El hecho de que no se requiera la determinación precisa del objeto al momento de la celebración e inscripción del contrato, que habilite el lucro de los partícipes y que su actividad pueda estar direccionada hacia el mercado resultan las notas más atractivas de los consorcios y que lo presentan mucho más flexible que las AC y UT.<sup>37</sup>

La finalidad de lucro también caracteriza a las UT pero la diferencia con los consorcios está dada principalmente porque en aquéllas las partes persiguen la realización de emprendimientos no permanentes y su objeto es específico, limitado a la ejecución o desarrollo de una obra, servicio o suministro concreto. Por el contrario, los CoCo tienen por finalidad desarrollar la actividad económica de sus miembros para maximizar los resultados.<sup>38</sup>

A diferencia de las AC que se extinguen por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia<sup>39</sup>, la norma no se ve reflejada en el régimen de los consorcios de cooperación (tampoco en las UT), cuestión criticada por la doctrina conforme se desarrollará en el punto 1.4. del presente trabajo. .

### 1.3.3 Uniones transitorias

---

<sup>37</sup> HERSALIS y ZARRIA, Contratos Asociativos, Breves notas en torno a una reforma inminente, en D.J. del 10-4-2013, p.1; L.L. on line, AR/DOC/81/2013. HERSALIS & ZARRIA (2013), Contratos Asociativos, Breves notas en torno a una reforma inminente, en D.J. del 10-4-2013; L.L. on line, AR/DOC/81/2013.

<sup>38</sup> CHIAVASSA E. y AGUIRRE, H., *Personalidad y contratos asociativos*, en L.L. On line, 0003/70041902-1, revista Lexis Nexis, Córdoba N°1, 200.

<sup>39</sup> VERÓN, A. (1987) *Sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 1173.

Antes de la sanción de la Ley 22.903 las uniones transitorias eran contratos innominados (Art.1143 Cód. Civ.) y de colaboración. No tenían forma predeterminada y funcionaban a través de la figura del consorcio.<sup>40</sup> La ley 22.903 organizó un régimen contractual que contempló la reunión de empresas en forma transitoria con trascendencia a terceros en la realización de la obra, servicio o suministro y con fin de lucro<sup>41</sup>.

La regulación de esta forma asociativa fue adoptada por el CCC que lo incorpora como un contrato asociativo típico. El artículo 1463 del CCC lo define: “*Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.*”

El acuerdo posibilita la obtención de lucro por medio de la concentración de recursos destinados a un emprendimiento unitario, cuya actuación trasciende el marco interno para proyectarse hacia el mercado, constituyendo ésta la mayor diferencia con el contrato de AC. La unión no podrá ir más allá en el tiempo que la obra, servicio o suministro (aunque dichas operaciones excedan los diez años de los agrupamientos o aunque la tarea sea continuada o discontinuada).

Tanto las agrupaciones de colaboración (AC) como las Uniones transitorias (UT) se basan en la integración de recursos complementarios para la adquisición inmediata y a título originario de beneficios derivados de dicha integración<sup>42</sup>. Una de las diferencias sustanciales entre ambas se centra en que la operativa de la AC no se proyecta en el mercado debido a que tiene como finalidad satisfacer un aspecto interno de la actividad productiva de sus miembros, mientras que en las UT sucede lo opuesto: su actividad tiene proyección externa en tanto las partes colaboran entre sí para prestar un servicio u obra a terceros<sup>43</sup>. Además, por la finalidad mutualista de las AC el resultado de las operaciones

---

<sup>40</sup> ROITMAN, H., (2011) *Ley de sociedades Comerciales comentada*, Op. Cit, p. 648.

<sup>41</sup> VERÓN, *Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, cit. 2da. Op. Cit, p.674; RAIATTI, Hernán, en ROUILLON, A. (2006), *Código de Comercio comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, T. III.

<sup>42</sup> Fundamento del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación expuestos por Comisión redactora.

<sup>43</sup> ROITMAN, *Ley sociedades comerciales comentada*, Op. Cit, p.611.

realizadas solamente puede tener por destino a las propias partes. Las UT, por el contrario, pueden perseguir fines lucrativos, aunque sea de un modo indirecto.<sup>44</sup>

#### **1.4 Exigencia de remisión de copia del contrato a la autoridad de competencia**

En el caso puntual de las agrupaciones de colaboración (AC) la normativa prevé que el registro público debe informar sobre el contrato al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia, debiendo enviar a dichos efectos una copia certificada con los datos de la correspondiente inscripción. ROITMAN señala que el antecedente de esta previsión debe encontrarse en el Derecho Italiano. El sentido que tenía como objetivo evitar la cartelización.

El fundamento de esta previsión radica en evitar que mediante la concertación de estos acuerdos se lleven a cabo prácticas anticompetitivas vedadas por la ley 25.156 vigente al momento de la sanción del CCC y ahora con mayor énfasis en la nueva Ley de defensa de la competencia 27.442.<sup>45</sup>

El recaudo sólo es requerido para las agrupaciones de colaboración y su omisión no afecta la validez del contrato ni su oponibilidad a terceros<sup>46</sup>. No obstante, cumplido este requerimiento por el registrador, entra en juego el inciso e) del artículo 1461 de CCC, que admite la extinción del contrato de agrupación de colaboración cuando la autoridad competente- por decisión firme- estime que con la AC se persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

ROITMAN<sup>47</sup> subraya que el CCC debió unificar la reglamentación de este punto para todos los contratos típicos pues la posibilidad de afectar la competencia no resultaría privativa de las AC sino que puede derivarse de la concertación de una UT o bien de un consorcio.

Como fuera relatado previamente, se advierte la existencia de múltiples puntos de contacto que dificultan, por ejemplo, la tarea de distinguir una AC de un Consorcio de cooperación, sobre todo la similitud del objeto entre ambos contratos asociativos y la

---

<sup>44</sup> ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. & RAGAZZI, G., (1986) *Contratos de colaboración empresarial*, op.cit, p.48.

<sup>45</sup> ROITMAN y et. AL, *Contratos Asociativos*, Op. Cit., p.612.

<sup>46</sup> ROUILLON, Adolfo, *Código de Comercio comentado y anotado*, Op.cit, p.859.

<sup>47</sup> ROITMAN y et. AL, *Contratos Asociativos*, Op. Cit, p. 56.

libertad de las partes para pactar en sentido contrario a las normas supletorias que dispone el CCC.<sup>48</sup> La elección de uno u otro dependerá de los fines que las partes persigan.

El CoCo tiene ventajas respecto de los demás contratos asociativos típicos pues faculta a las partes a realizar una actividad interna y externa; no tiene finalidad mutualista; ni limitación temporal; su objeto no es transitorio ni específico y las partes pueden establecer la responsabilidad que estimen conveniente así como la forma de tomar resoluciones en el ámbito interno. Sin embargo, a pesar de la mayor flexibilidad que presentan los consorcios en relación a las AC, el CCC no exige la notificación de dichos contratos a la autoridad de contralor a los fines de evaluar su impacto competitivo en el mercado como así lo exige para las AC.

Tal regulación no parece sustentarse en fundamentos sólidos y permite dejar fuera del alcance de la autoridad de competencia numerosos acuerdos, limitando la información disponible para su evaluación.

---

<sup>48</sup> OTAEGUI, citado en ROITMAN, H., SANCHEZ, M. V & LOPEZ ROVOL A., (2018), *Contratos Asociativos*. Op.cit, p.263.

## **2. Joint Ventures y control de concentraciones económicas**

### **2.1. Aspectos dinámicos vs. Aspectos estructurales de la competencia.**

Dado que la competencia ha de desarrollarse en el marco de determinado mercado, los efectos directos sobre aquélla solo pueden configurarse en la medida en que se altere el funcionamiento de alguno de los aspectos de éste. Las conductas que resultan contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia implican una alteración inmediata en el libre juego de la oferta y de la demanda, resultando el ejemplo más sobresaliente y gravoso el de los acuerdos de precios entre competidores. Por el contrario, las conductas que impactan en los aspectos estructurales de la competencia, implican la modificación de elementos que habilitan la existencia de libre competencia en los mercados y cuya alteración podrá crear un contexto que facilite la realización de conductas anticompetitivas. Resultan un ejemplo claro de este tipo de alteración las fusiones entre empresas que aumenten notablemente la concentración en el mercado, favoreciendo abusos de posición de dominio u otras conductas inmediatamente anticompetitivas.

Las modificaciones en las relaciones entre las firmas que operan en el mercado afectado tendrán, a su vez, efectos sobre el comportamiento de éste, que son los que en definitiva busca dirigir la legislación regulatoria de la competencia.<sup>49</sup>

Bajo el régimen de la Ley de defensa de la competencia ciertos actos con efectos estructurales sobre la competencia están sujetos a un régimen de control previo, al cual no están sometidos los actos con efectos dinámicos sobre la competencia. El control de concentraciones económicas tiene por objeto prevenir la formación de ciertas estructuras de mercado que dificultan la competencia, o que favorecen la adopción de comportamientos que podrían afectarla.

Por ejemplo, estructuras que favorecen la explotación de poder de mercado (como la fijación unilateral de precios que no corresponden a los del mercado competitivo), la exclusión de competidores o la creación de barreras a la entrada de ciertos mercados. También busca prevenir la creación de estructuras de mercado que favorezcan los acuerdos entre competidores.

---

<sup>49</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*”, Op. Cit. pág. 9 y ss.

El proceso de concentración empresaria puede resultar de actos directamente orientados a limitar el número de empresas que operan en un sector, sea mediante fusiones, compras de activos y participaciones societarias, entre otros actos con efectos estructurales típicos sobre la competencia, entre los que podríamos incluir a los acuerdos de colaboración empresarial.

Los mecanismos de control de concentraciones generalmente establecen la obligación de notificar concentraciones de cierta relevancia (por ejemplo la adquisición de empresas o líneas de negocios) a una autoridad estatal de control; y en algunos casos la necesidad de que esa autoridad apruebe la concentración.<sup>50</sup>

Existen dos dimensiones fundamentales en las que se manifiestan las discrepancias en cuanto al enfoque aplicable en materia de actos con efectos estructurales. La primera se refiere al criterio para evaluar estos actos. En décadas pasadas, estos actos fueron vistos como particularmente susceptibles de restringir la competencia, debido a sus efectos prácticamente irreversibles y a la total anulación de la independencia empresarial entre las entidades objeto de estos actos. De allí que se considerara que tales actos entrañaban de por sí un riesgo anticompetitivo, que no se encontraba presente en los actos con efectos puramente dinámicos sobre la competencia.

La tendencia restrictiva antes mencionada se revirtió a partir de la década de los años setenta. Una tendencia doctrinal, receptada posteriormente por la jurisprudencia estadounidense, entiende que las fusiones y otros actos de concentración económica, lejos de merecer un tratamiento especialmente limitativo bajo el Derecho Antimonopólico, requieren una evaluación favorable, dados sus aspectos positivos sobre la eficiencia empresarial.<sup>51</sup>

La segunda dimensión en la que han existido importantes discordancias es la relativa al procedimiento aplicable para el control de las fusiones y otras concentraciones económicas. Bajo el régimen antimonopólico estadounidense original, lo mismo que en la Argentina con la Ley N° 22.262, no existía un control previo respecto de estas operaciones. Los costos de revertir una concentración económica llevaron tanto a Estados

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> Si las fusiones son susceptibles de tener efectos negativos, ello se debe a factores dinámicos, tal como los acuerdos anticompetitivos de los que posteriormente participan las empresas fusionadas o los obstáculos creados para el ingreso de nuevas empresas en el mercado en que operan dichas empresas.

Unidos como a Unión Europea y a la Argentina, a un sistema de control previo, conforme de desarrollará detalladamente en capítulos siguientes del presente trabajo.

## **2.2. Acuerdos de cooperación y el control de concentraciones económicas en Estados Unidos.**

En sus orígenes, el Derecho antimonopólico estadounidense otorgaba a las fusiones y demás actos con efectos estructurales sobre la competencia un tratamiento común con los restantes susceptibles de afectar la competencia<sup>52</sup>. La Ley Clayton, al ser reformada en 1950, modificó este criterio, estableciendo un enfoque especial para las fusiones y adquisiciones de acciones y otros activos. De acuerdo al artículo 7 de la citada Ley, tales fusiones y adquisiciones están prohibidas siempre que, en una rama del comercio en cualquier sección del país, puedan debilitar la competencia o tender a crear un monopolio.

CABANELLAS advierte en esta disposición cierta intención de obstaculizar las fusiones no sólo en cuanto tengan un efecto anticompetitivo inmediato, sino en cuanto puedan manifestar una tendencia hacia tal efecto. La interpretación de este aspecto de la Ley Clayton ha sido uno de los principales orígenes de dificultades en materia de aplicación del Derecho estadounidense a las fusiones y otras concentraciones.<sup>53</sup>

Posteriormente, en el año 1976, la llamada Ley Hart-Scott-Rodino introdujo un artículo 7<sup>a</sup> a la Ley Clayton, en virtud del cual ciertas fusiones y adquisiciones de significativa transcendencia deben ser notificadas a la Comisión Federal de Comercio y a la División antitrust del Departamento de Justicia antes de ser concertadas. Estos organismos deben aprobar o desaprobar el acto dentro de cierto plazo, y tal acto no puede consumarse antes de contarse con la aprobación de los organismos competentes o de expirar determinados plazos.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Cf. SULLIVAN, L.A., GRIMES W. S. & SAGERS C.L (2016), *The law of antitrust*, Saint Paul, West Academic Publishing. p. 513

<sup>53</sup> Cf. R.H.BORK: *The antitrust paradox*, cit-p.198 y ss. - Como observa BORK, una de las cuestiones centrales para la aplicación del art.7 de la Ley Clayton es por qué debería aplicarse un criterio distinto para el tamaño adquirido por vía de crecimiento interno que para el tamaño derivado de fusiones y adquisiciones.

<sup>54</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., (2005). *Derecho antimonopólico y de la defensa de la competencia*, Op.Cit, p. 25 y ss.

Una particularidad del Derecho estadounidense en materia de fusiones y adquisiciones es el dictado de lineamientos (“Guidelines”), mediante los cuales los organismos de aplicación exteriorizan la posición que adoptarán respecto de distintos tipos de actos. Existen así lineamientos en materia de fusiones horizontales, elaborados conjuntamente con el Departamento de Justicia, y la Comisión Federal de Comercio, y lineamientos en materia de fusiones verticales y de conglomerado, elaborados por el Departamento de Justicia.<sup>55</sup>

A pesar de que esas directrices no son vinculantes, permiten prever la actuación de los organismos. En dichos lineamientos se analizan la temática relativa al modo en que se definirá el mercado relevante, participaciones en el mercado y grado de concentración, efectos concretos sobre la competencia, barreras a la entrada e incluye un análisis de eficiencias.

Los Lineamientos para fusiones horizontales<sup>56</sup> emitidos por el Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos en 1992 y revisados en 1997, sientan bases generales en materia de evaluación de las fusiones. El tema unificante de estos Lineamientos es que las fusiones no deberían permitir la creación o refuerzo del poder de mercado o facilitar su ejercicio.<sup>57</sup>

En los Estados Unidos los acuerdos de cooperación entre competidores son analizados como una operación de “concentración horizontal” siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones estipuladas en los lineamientos aplicables al análisis de este tipo de fusiones. En tal sentido, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia han elaborado una serie de pautas para determinar cuándo un acuerdo de colaboración entre competidores será considerado como una “Fusión” sujeta a los “Lineamientos para fusiones horizontales”.

Para que un acuerdo de cooperación horizontal quede sujeto al control de concentraciones deben cumplirse las siguientes condiciones: los participantes deben ser

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

<sup>57</sup> El poder de mercado de un vendedor es la capacidad de mantener lucrativamente sus precios por encima de los niveles competitivos por un período significativo de tiempo. En cualquier caso, el resultado del ejercicio de poder de mercado es una transferencia de riqueza de los compradores a los vendedores o una asignación errada de recursos.

competidores en el mercado relevante, la conformación de la colaboración debe involucrar la integración de la actividad económica en el mercado relevante, la integración debe eliminar toda forma de competencia entre los participantes en el mercado relevante, y la colaboración no debe finalizar en un período de tiempo limitado por los expresos y específicos términos del acuerdo.

BIAGGINI y ASPLINDH<sup>58</sup> señalan que los organismos de control estadounidenses diferencian los “acuerdos de colaboración entre competidores” de las operaciones de concentración económica focalizándose principalmente en dos factores. Por un lado, la duración del acuerdo, ya que las concentraciones tienden a constituirse con carácter permanente, en contraste con los simples acuerdos de colaboración que son usualmente de duración limitada, y, por otra parte, a la existencia de alguna forma de competencia entre los participantes. La total eliminación de la competencia entre las partes involucradas en el acuerdo en el mercado relevante caracteriza al acuerdo como una operación de concentración económica.

Los lineamientos estadounidenses describen el siguiente proceso analítico a seguirse para determinar si se atacará la validez de una fusión. En primer lugar, la autoridad de aplicación determinará si la fusión aumentará significativamente la concentración y resultará en un mercado concentrado, debidamente definido y medido. Segundo, evaluará si la fusión, a la luz de la concentración de mercado y de otros factores que caracterizan al mercado, crea preocupación respecto de potenciales efectos adversos sobre la competencia. Tercero, la autoridad de aplicación determina si el ingreso al mercado sería oportuno, y probable y suficiente, ya sea para impedir o compensar los efectos anticompetitivos considerados preocupantes. Cuarto, la autoridad determina la existencia de mejoras de eficiencia que razonablemente las partes no pueden lograr por otros medios. Finalmente, se evalúa si, de no ser por la fusión, cualquiera de las partes de la operación probablemente quebrará, ocasionando que sus activos abandonen el mercado.

El proceso de determinar la concentración de mercados, los efectos competitivos potencialmente adversos, el ingreso al mercado, la eficiencia y la quiebra, es un

---

<sup>58</sup> BIAGGINI P. & ASPLINDH H. (2002) *Joint Venture y el control previo de fusiones & adquisiciones en el Derecho argentino*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Abril 2002, Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_14\\_part2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_14_part2.pdf) Consultado el 14/05/2022.

instrumento que permite a la autoridad de aplicación responder a la pregunta final del análisis de las fusiones: si la fusión probablemente cree o fortalezca un poder de mercado o facilita su ejercicio.

Hoy existe un marcado paralelismo en los Estados Unidos entre la política de acción, incorporada a dichos lineamientos en materia de fusiones y la práctica judicial.<sup>59</sup>

Las autoridades estadounidenses expresamente reconocen que las concentraciones no deben ser vistas como un simple acto que aumenta la participación de mercado de las fusionadas. Por el contrario, se la analiza como un proceso dinámico, en el que es esencial evaluar aspectos tales como el ingreso de nuevas empresas en el mercado, la potencialidad de acuerdos expresos y tácitos entre competidores y la tendencia a una mayor concentración gradual en el mercado involucrado.

Con el fin de evaluar los efectos de las fusiones sobre la competencia, la jurisprudencia estadounidense ha adoptado la posición de considerar que cierto grado de concentración empresarial en los mercados afectados, resultante de la fusión analizada, es prima facie calificable como lesivo de la competencia, sin perjuicio de la posibilidad de probar en cada caso que se presente que tales efectos sobre la libre competencia no se dan en el caso sujeto a juicio.<sup>60</sup> El grado de concentración considerado excesivo no es cuantificado en forma general por la Corte Suprema, sino que distintos valores han sido utilizados en los principales casos planteados ante este tribunal.<sup>61</sup>

Sin embargo, la tendencia judicial y administrativa en las últimas décadas es más permisiva de los incrementos de la concentración resultantes de las fusiones y otros actos con efectos estructurales sobre la competencia, a nivel horizontal. El análisis de la concentración del mercado sólo constituye un medio para determinar la existencia de una infracción prima facie contra la legislación antimonopólica; los tribunales

---

<sup>59</sup> SULLIVAN, L.A., GRIMES W. S. & SAGERS C.L (2016), *The law of antitrust*, Op.cit. .

<sup>60</sup> United States v. Philadelphia National Bank 374 U.S.321, 83, Ct.1715, 10 L.Ed.2d 915, 1963.

<sup>61</sup> Sobre la base de jurisprudencia norteamericana aparece como acertada la opinión de que toda consolidación de empresas competidoras, que no se encuentren en graves situaciones económicas o financieras y que tengan una participación sustancial en el mercado relevante, será considerada violatoria del art.7 de la Ley Clayton, conforme los criterios de la Corte Suprema estadounidense

estadounidenses permiten aportar pruebas que demuestren que tal concentración no presenta, en el caso particular considerado, los efectos que se le imputan.<sup>62</sup>

Otro aspecto a ser tenido en cuenta en el caso de fusiones horizontales es el de los efectos sobre la competencia que cabe atribuir a la fusión evaluada, con posterioridad a su concreción. La jurisprudencia, en las últimas décadas, ha dado a la falta o debilidad de las barreras a la entrada, el tratamiento de causal de justificación, en fusiones o concentraciones que en caso contrario hubieran sido tenidas por anticompetitivas.<sup>63</sup>

Otro de los factores importantes son las consideraciones de eficiencia. No es claro cuál es el límite de tal poder de justificación. Los lineamientos administrativos vigentes requieren que las ventajas en materia de eficiencia se reflejen en menores precios u otros beneficios concretos a favor de los consumidores<sup>64</sup>. También debe evaluarse la relación entre los beneficios en materia de eficiencia y los riesgos y perjuicios derivados del mayor grado de concentración.<sup>65</sup>

La jurisprudencia estadounidense exige no sólo que las ventajas en materia de eficiencia sean significativas, para poder justificar una concentración, sino que tales ventajas sólo puedan lograrse mediante tal concentración y no mediante una evolución empresarial que no tenga los efectos anticompetitivos imputables a la concentración.

### **2.3. Acuerdos de cooperación y el control de concentraciones económicas en Unión Europea.**

El Tratado de Roma no incluía normas específicas en materia de fusiones y otras concentraciones. Ello dejaba a las autoridades comunitarias ante dos alternativas: tratar esos actos como un posible supuesto de restricción a la competencia, ilícitos- cuando ello fuera el caso- bajo el artículo 85 del citado Tratado, o considerarlos como posibles abusos

---

<sup>62</sup> Un instrumento fundamental para evaluar tales efectos es el índice Herfindahl- Hirschman (HHI) que, es también un instrumento esencial para la aplicación de las normas argentinas en materia de concentraciones. Cuanto más concentrado es el mercado, mayor es el valor del HHI. Así, cuando todo el mercado está en manos de una única empresa, el HHI arroja un valor de 10.000 (cien al cuadrado).

<sup>63</sup> United States v. Waste Management Inc., 743F.2d 976 (2d. Cir.1984).

<sup>64</sup> Cf. La sección 4 de los Merger Guidelines (lineamientos sobre fusiones) de 1992, con sus modificaciones.

<sup>65</sup> Si ésta tiene un impacto anticompetitivo significativo, difícilmente las consideraciones de eficiencia puedan neutralizar las consecuencias negativas derivadas de la pérdida de competitividad de los mercados afectados.

de posición dominante. Las autoridades europeas, particularmente a partir del caso Continental Can<sup>66</sup>, optaron por el segundo de estos enfoques.<sup>67</sup>

En 1989 el Consejo adoptó el Reglamento 4064/89. Este reglamento, que junto con sus modificaciones (Reglamento (CE) 139/2004) y normas complementarias constituyen la base del régimen europeo en materia de fusiones y concentraciones, da a la Comisión europea amplias atribuciones en cuanto a la aprobación y prohibición de los mencionados actos.<sup>68</sup>

El Reglamento 4064/89 mantiene la posición de que la ilicitud de las fusiones y adquisiciones debe enfocarse en función de la figura de la posición dominante. Así, el considerando 14 de dicho reglamento señala que:

*“el presente Reglamento debe sentar el principio de que las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que permitan a las empresas alcanzar una posición o reforzar la ya existente, de la que resulte un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo deben ser declaradas incompatibles con el mercado común”.*

Sin embargo, el considerando 6 del mismo Reglamento amplía, acertadamente, el fundamento del régimen europeo de fusiones y concentraciones, remitiendo no sólo al artículo 86 del Tratado de Roma, sino también al 85, e inclusive, genéricamente, a otras disposiciones del mismo Tratado.

En relación a los acuerdos de colaboración objeto del presente trabajo, la cuestión ha sido tratada en el Derecho europeo donde se distingue entre la colaboración que tan sólo implica una coordinación de actividades entre empresas independientes y las concentraciones que, aunque implican que quienes en ella participan retienen cierto grado de independencia, suponen la formación de una estructura empresarial con una presencia propia y estable en el mercado. En este último caso, nos encontraríamos ante una

---

<sup>66</sup> Europemballage Corp. Y Continental Can Co. Inc. V Commision, European Court Reports, 1973, p.215

<sup>67</sup> Respecto de los antecedentes y régimen europeo en materia de fusiones y otras concentraciones Cf. C.J. COOK y C.S. KERSE (2000), *EC Merger Control*, Londres, Ed. Sweet & Maxwell; J. BRIONES y otros (1999): *El control de concentraciones de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

concentración susceptible de dar origen a obligaciones de notificación y de ser evaluada como acto con efectos estructurales sobre la competencia.

En lo que respecta estrictamente a los Joint Ventures o contratos de colaboración, la práctica administrativa y la doctrina europea ha distinguido tradicionalmente entre Joint Ventures cooperativos y Joint Ventures que implican una concentración (o “concentrativos” en el lenguaje de la Comisión). La principal diferencia entre ambos es que mientras los Joint Ventures concentrativos están sujetos únicamente al control previo de fusiones y adquisiciones y sometidos al test de “posición de dominio”; los Joint Ventures cooperativos se ven sujetos al Art.101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que regula las conductas anticompetitivas; similar al Art.1 LDC), conforme se desarrollará en capítulos posteriores

A su vez, los Joint Ventures cooperativos son divididos entre Joint Ventures “plenamente operativos” (“Full function Joint Ventures”) y todos aquellos Joint Ventures que no son “plenamente operativos”. Los Joint Ventures plenamente operativos están sujetos tanto al control previo de fusiones y adquisiciones como al Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por otra parte, los Joint Ventures que no son plenamente operativos se encuentran sujetos únicamente al Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En cuanto a los “Joint Ventures concentrativos”, los mismos están sujetos al control previo de fusiones y adquisiciones, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos reglamentarios establecidos a tal fin, por cuanto se trata de la adquisición de un control conjunto de una empresa (o de un negocio al cual se le puede atribuir un determinado volumen de negocios en el mercado) por parte de dos o más empresas, adquisición que va a resultar en un cambio de estructura en el mercado.

Para determinar cuándo un “Joint Venture cooperativo plenamente operativo” debe ser sometido a control previo de fusiones y adquisiciones la Comisión Europea tiene en cuenta diversos parámetros que incluyen : a) la atribución al Joint Venture de recursos- financieros, administrativos, activos, humanos- suficientes para operar de manera independiente en el mercado; b) que el Joint Venture realice actividades que vayan más allá de la realización de una tarea específica en favor de los controlantes; c) que el Joint Venture realice un porcentaje sustancial de sus ventas- más 50% en el mercado; d) que el

Joint Venture sea constituido con ánimo de permanencia de forma tal de producir un cambio a largo plazo en la estructura del mercado.

Si los parámetros arriba indicados se cumplen en todo o parcialmente, nos encontramos frente a un “Joint Venture cooperativo plenamente operativo” que debe ser sometido al control previo de fusiones y adquisiciones.

En relación a esta temática, la Comisión de la Unión Europea desarrolló un documento denominado “Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento CE 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas” (2008/C – 95/01). En dicha comunicación la Comisión Europea reconoce que cuando dos compañías realizan un acuerdo de cooperación o un acuerdo de “empresas en participación”, este solo constituirá una concentración cuando el ente creado en virtud del acuerdo posea “plenas funciones”.

Teniendo en cuenta las exigencias precedentemente expuestas, una operación es reputada como “fusión” (ergo, “concentrativa”) cuando dos o más empresas establecen un “Joint venture” estructurado como una entidad económica autónoma de carácter permanente, la cual no posibilita la coordinación de las estrategias competitivas de las partes entre sí o entre ellas y el “Joint venture”. Esta situación se verifica particularmente cuando las partes se retiran del mercado en el cual el “Joint venture” opera, o bien, cuando se crea un “Joint venture” para ingresar a mercados donde no participan.

Por el contrario, un Joint Venture es calificado como “cooperativo”, recibiendo el tratamiento de “acuerdo entre competidores” sujeto a un régimen especial de notificación (vigente hasta el año 2002) y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme se desarrollará en capítulos siguientes, cuando el mismo tiene por objeto o efecto la coordinación del accionar competitivo de las empresas partes, las que mantienen total independencia.

El Reglamento (CE) 139/2004, hoy vigente, es un régimen de control previo por las autoridades de la Unión Europea, respecto de las operaciones de concentración que tengan “dimensión comunitaria”.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas

El artículo 2 del Reglamento (CE) 139/2004 establece ciertos elementos que deben ser tenidos en cuenta por la Comisión para evaluar las concentraciones sujetas a control, tales son: la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados citados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad; la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, la posibilidad de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.<sup>70</sup>

Sobre estas bases, se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, en particular al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial de éste. (Art.2 apartado 2 Reglamento (CE) 139/2004).<sup>71</sup>

Conforme lo expuesto, en la Unión europea, el criterio básico de validez de una concentración de tipo horizontal radica en que una concentración crea o fortalezca una

---

afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. 3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

<sup>70</sup> En definitiva, el análisis se basa en el impacto de la concentración sobre la competencia en los mercados afectados. Asimismo, se advierte que se han introducido los criterios de evaluación típicos del art.85 del Tratado de Roma, particularmente en su inc.3).

<sup>71</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*”, Op. Cit. p. 50 y ss.

“posición dominante”, como consecuencia de lo cual la competencia efectiva se vea afectada en la totalidad o parte del Mercado Común Europeo.

En la práctica y en la actualidad, la posición de las autoridades de aplicación europeas tiende a ser más severa que la adoptada en materia de fusiones por las autoridades estadounidenses.

La posición de las autoridades Europeas puede resumirse así. Se determina la existencia de una posición dominante en un mercado, antes o después de la concentración. Si existe una posición dominante antes de la concentración- posición dominante que puede ser singular o compartida- la concentración será atacable si tiende a fortalecer esa posición dominante. Ese fortalecimiento puede resultar no solamente del mero aumento en la participación de mercado de la empresa dominante, sino de factores dinámicos, como son las mayores posibilidades de llegar a prácticas concertadas en mercados con menor número de competidores<sup>72</sup> y la mayor factibilidad de creación de impedimentos de ingreso de competidores, de parte de la empresa resultante de la concentración<sup>73</sup>. Si no existe una posición dominante antes de la concentración, esta será atacable si resulta en tal posición, sea ésta singular o compartida.

En términos generales, la práctica de las autoridades europeas se orienta a la evaluación de las concentraciones horizontales y de los aspectos horizontales de tales concentraciones. Las concentraciones verticales son tenidas generalmente por válidas.

Determinado el mercado relevante<sup>74</sup>, la situación en ese mercado es evaluado conforme a diversas consideraciones. Una consiste en la participación de mercado que la empresa resultante de la concentración tendrá como consecuencia de ésta. La posición de las autoridades comunitarias es contraria a la aplicación automática de criterios cuantitativos.

Las autoridades Europeas utilizan la figura de la posición dominante compartida, en virtud de la cual dos o más empresas, a las que separadamente no puede imputárseles una posición dominante, pueden ser calificadas como ostentando una posición dominante

---

<sup>72</sup> COOK C.J & KERSE, C.S. (2000), EC Merger Control, Op.cit, p.163.

<sup>73</sup> SKANSKA/SCANCEM, en DIARIO OFICIAL, 1999, L.183/10.

<sup>74</sup> Los organismos europeos utilizan a estos fines los criterios usuales de identificación de mercados, fundados en dimensiones de productos y geográficas. La Comisión Europea ha emitido una comunicación relativa la definición del mercado relevante, en el contexto de la evaluación de concentraciones.

compartida si no tienen entre ellas una relación de efectiva competencia. Ello de por sí implica examinar relaciones entre competidores que van más allá de una mera apreciación cuantitativa de las participaciones de mercado.

Las autoridades examinan no sólo las participaciones y conducta de mercado de las empresas participantes de la concentración, sino también la situación de competidores actuales y potenciales. Respecto de los primeros, se examina en qué medida son susceptibles de operar como un freno al poder de mercado de la empresa resultante de la concentración, habida cuenta de las condiciones tecnológicas y financieras sobre base de las cuales se enfrentan los distintos competidores.<sup>75</sup>

En materia de competidores potenciales<sup>76</sup>, es esencial la consideración de las barreras existentes al ingreso de tales competidores. Tales barreras a la entrada pueden dividirse en tres grandes categorías: 1) Ventajas absolutas<sup>77</sup> de una empresa ya instalada frente a las que deseen ingresar en el mercado. 2) Ventajas estratégicas<sup>78</sup> derivadas del ingreso previo al mercado. 3) Prácticas excluyentes: estas pueden consistir en precios predatorios o en otras prácticas predatorias, inclusive las consistentes en presiones sobre proveedores, distribuidores o clientes.

Determinado el mercado relevante, la participación y fuerzas competitivas en dicho mercado, y el panorama de la competencia potencial, las autoridades europeas evalúan otros aspectos que inciden sobre el impacto atribuible a la concentración sobre el comportamiento competitivo del mercado afectado, entre otros: poder compensador de la demanda; poder económico y financiero relativo de las empresas que operan en el

---

<sup>75</sup> COOK C.J & KERSE, C.S. (2000), *EC Merger Control*, Op.cit, pag.156.

<sup>76</sup> Se ha observado que “según se desprende de la práctica decisoria de la Comisión, la Competencia potencial sólo podrá limitar el poder de la entidad fusionada cuando su entrada al mercado: (i) sea probable; (ii) sea competitiva y eficaz; (iii) se produzca en un período de tiempo lo suficientemente corto para disuadir a las partes de explorar su posición de mercado. En la medida en que concurren estas tres condiciones, la flexibilidad del mercado podría disciplinar el comportamiento de la entidad fusionada...” J.BRIONES, *El control de concentraciones de la Unión Europea*, pag.234.

<sup>77</sup> Tales como autorizaciones legales para operar, propiedad de recursos esenciales para operar en el mercado y derechos de propiedad intelectual;

<sup>78</sup> El haber ya logrado niveles de producción que permiten economías de escala, el haber ya realizado las inversiones necesarias para operar, la existencia de marcas y reputación conocidas en el mercado, la organización de una red de distribución ya establecida;

mercado; acceso a proveedores y distribuidores; posibilidad de que la concentración facilite prácticas concertadas y otros.

Aunque las concentraciones se evalúan bajo el Derecho Europeo, conforme al régimen de abusos de posición dominante, los organismos comunitarios han utilizado criterios fundados en la evaluación económica de la concentración, tales como los establecidos en el Art.101 Inc.3 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Así, se considera que el progreso técnico y económico derivado de la concentración puede obrar como una justificación de la concentración, pero para ello los efectos anticompetitivos no deben ser de tal magnitud que neutralicen las ventajas derivadas de ese progreso técnico y económico ni han de implicar la anulación de toda competencia efectiva en el sector.<sup>79</sup>

Por último, también consideran posible tener por válida una concentración prima facie anticompetitiva cuando una de las empresas participantes hubiera desaparecido del mercado por inviabilidad o insolvencia.<sup>80</sup>

#### **2.4. Acuerdos de cooperación y control de concentraciones económicas en Brasil y Chile.**

En lo que respecta a la legislación chilena, el 16 de marzo de 2015 ingresó un proyecto de Ley al Congreso de Chile que culminó en el dictado de la ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Se incorporó un Título IV al Dec. Ley 211 destinado a regular lo relacionado al control de operaciones de concentración.<sup>81</sup>

Luego del cambio legislativo, el control de las operaciones de concentración quedó radicado esencialmente en una instancia administrativa, esto es la Fiscalía Nacional Económica (FNE), siendo obligatorio notificar a dicho órgano en caso de fusiones, adquisición de influencia decisiva en la administración de un agente económico, Joint ventures, y la adquisición de control sobre activos, siempre que superen los umbrales de venta en Chile establecidos en la resolución dictada por la Fiscalía. De la regulación

---

<sup>79</sup> Cf. MSG/MEDIA SERVICE, en Diario Oficial, 1994, L364/1.

<sup>80</sup> European Commission v French Republic en DIARIO OFICIAL, 2017, (Case C-416/17) (2017/C 293/27).

<sup>81</sup> INGLEZ DE SOUZA, R. (2018), *Breves comentarios acerca de la nueva ley de defensa de la competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño*, Comentarios a la Ley de defensa de la competencia, Suplemento LA LEY, año 2018.

chilena, se advierte claramente que los contratos de colaboración empresarial o Joint Ventures están catalogados como operaciones susceptibles de control previo por la autoridad de aplicación en materia de concentraciones.<sup>82</sup>

Una vez definidos los umbrales, la fiscalía dio especial relevancia a dar certeza a los agentes económicos y transparentar diversos criterios de interpretación en relación a los términos amplios que la ley emplea, a través de la dictación de lineamientos. Con tales fines, la fiscalía se centró en la elaboración de una serie de guías<sup>83</sup>.

Elementos novedosos de la legislación chilena resultan los conceptos de influencia decisiva y de control que no necesariamente coinciden con los de la Ley de Mercado de Valores u otras regulaciones sectoriales y la clarificación de cuándo un Joint Venture constituye una operación de concentración.

La nueva regulación de control de operaciones de concentración está alineada con las mejores prácticas internacionales en la materia. IRRAZABAL y BECKER<sup>84</sup> destacan que este buen funcionamiento se debe a la planificación con que la FNE abordó el cambio legal.<sup>85</sup>

En lo que respecta a Brasil, en 1994 se sancionó la ley 8884, que fue una muy importante modernización de la legislación de defensa de la competencia. Brasil ha actualizado su legislación a lo largo de estos años y recién en 2012 se dictó la ley 12.529 que reemplazó la ley 8884.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.* las que fueron sometidas a procedimientos de consulta pública, recibiendo comentarios tanto de particulares, como del colegio de abogados de Chile, la Federal Trade Commission, la International bar association, la American bar association, entre otros.

<sup>84</sup> IRARRÁZABAL PHILIPPI, F. & CERDA BECKER, F., *Establecimiento de un Sistema de Control Previo de Operaciones de Concentración en Chile: orígenes, implementación y desafíos*, Comentarios a la Ley de defensa de la competencia, Suplemento LA LEY, año 2018, p. 726.

<sup>85</sup> Por un lado, haberse “adelantado” a la reforma a través de una guía y la utilización razonable de las escasas herramientas de ese entonces. Por otro, haber solicitado asesoría de expertos internacionales, como la OCDE, y abogados extranjeros expertos, y haber escuchado consejos de autoridades extranjeras, o incluso asociaciones de abogados extranjeras. Y por último haber generado instancias de confianza dentro de la comunidad jurídica nacional y haber tenido el coraje de medir esa confianza a través de encuestas bianuales.

<sup>86</sup> INGLEZ DE SOUZA, R. (2018), *Breves comentarios acerca de la nueva ley de defensa de la competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño*, Op. Cit.

Brasil incorporó en 2012 un control previo efectivo de concentraciones económicas. Desde ese año las concentraciones son sometidas para aprobación de la autoridad de defensa de la competencia previamente.

Ha sido muy importante para la autoridad brasileña la creación del procedimiento sumario. Actualmente, más del 90% de los casos son analizados bajo el procedimiento sumario en Brasil.<sup>87</sup>

Acerca de los tipos de concentración que están sujetas a la aprobación previa de la autoridad brasileña, tanto la jurisdicción brasilera como la argentina poseen un espectro muy semejante de transacciones que están subordinadas a dicho control.<sup>88</sup> Sin embargo, la ley brasileña no tenía en el pasado y continua sin tenerlo, un criterio de minimis como el previsto en el art.11 inciso e) de la ley 27.442. Por otro lado, en Brasil se previó que contratos con “carácter asociativo” estarían sujetos a la aprobación previa, lo que no está expresamente previsto en la legislación Argentina.

Según la ley brasileña son operaciones sujetas a la aprobación previa: a) fusiones entre dos o más empresas independientes; b) adquisición por una o más empresas, directa o indirectamente, por compra o canje, de acciones, cuotas, títulos o valores mobiliarios convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otra forma, el control o participación en una o más empresas; c) incorporación de una o más empresas d) dos o más empresas firman contrato asociativo, consorcio o Joint Venture.

No están sujetas a la aprobación de la autoridad brasileña las operaciones destinadas a las licitaciones promovidas por la administración pública, directa o indirecta, y a los contratos que surjan como consecuencia de dichas licitaciones.

## **2.5 El control de concentraciones en el Derecho argentino. Concepto de “Toma de control”. Acuerdos de cooperación como actos de concentración económica.**

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> ROSENBERG BARBARA- BERARDO Jose Carlos da Matta- BECKER, Bruno Bastos “Apontamentos Introdutórios sobre o Controle de Concentrações Econômicas na Lei Brasileira”, en COUTINHO, Diego R. Da Rocha Jean- Paul Veiga- SCHAPIRO, Mario G (Coords.) *Directo Economico Atual, Forense*, Rio de Janeiro, 2015, p.205) citado por INGLEZ DE SOUZA, R. (2018), *Breves comentarios acerca de la nueva ley de defensa de la competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño*, *Ibíd.*

El régimen europeo, presenta especial interés desde el punto de vista de los antecedentes del derecho argentino en materia de concentraciones, debido a que las normas de la Ley 25.156 (hoy 27442- en adelante “L.D.C”) se basan en buena medida, en la normativa europea. El sistema de control y otros aspectos del régimen de la LDC reflejan, a veces literalmente, los antecedentes europeos.

A pesar de ello, el criterio rector para la evaluación de las fusiones y otras concentraciones en la Ley Argentina es la restricción o distorsión de la competencia (art.8 L.D.C), criterio marcadamente más afín al estadounidense, tanto a nivel de los textos legales como de la jurisprudencia de ese país, que al de abuso de posición dominante que tradicionalmente utiliza la Unión Europea.<sup>89</sup>

La Ley 22.262, hoy derogada, no incluía normas expresas en materia de fusiones y otras concentraciones económicas. Estos actos quedaban regidos por las normas generales de esa Ley en materia de restricciones a la competencia y de abusos de posición dominante.

La principal innovación introducida por la Ley 25.156 en el Derecho Argentino, en materia de fusiones y adquisiciones, ha sido el régimen de notificación previa y aprobación administrativa de tales actos, exigencia que hoy continúa vigente. La citada ley estableció, mediante criterios cualitativos, cuantitativos y territoriales, ciertos tipos de actos que deben ser sometidos a la aprobación de la autoridad de aplicación en forma previa a la concreción o dentro de una semana de ocurrida ésta.

En la Argentina, la Ley 27.442 (la L.D.C.) establece que las concentraciones con ciertas características deben ser notificadas al Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) para su aprobación (art.9 y 14 de la L.D.C.). Estos actos no se tienen por válidos sino una vez que han sido aprobados expresa o tácitamente por la autoridad de aplicación. El no cumplimiento con la obligación de comunicar los actos cuya comunicación requiere la L.D.C acarrea multas de gran magnitud en los casos más graves.

---

<sup>89</sup> DE QUEVEDO, M.V.G. (2000), “*Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas*”, en *Revista de Derecho comercial y de las Obligaciones* (2000), t.33 pp.280 y 281, pp.280 y 281.

La Ley 27442 exige que la concentración sea notificada previamente a la fecha de perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, lo que acaeciere primero (Art. 9 párrafo 1, L.D.C).<sup>90</sup>

Los arts.7 a 17 de la L.D.C. (Ley 27.442) establecen un régimen especial de control de concentraciones, similar al previsto en la Ley 25.156. Se basa en la *prohibición de las concentraciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar un perjuicio al interés económico general*. (Art. 8 L.D.C). A los fines del análisis de las concentraciones económicas cabe tener presente el Reglamento actualizado en el año 2018 “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas-- ex-2017-30425445”, el cual prefija los criterios que deberán guiar a la Comisión en su análisis de este tipo de operaciones.

Este sistema de comunicación y aprobación previa establecido por la L.D.C está destinado a evitar los costos que implicaría la reversión de los efectos de una concertación anticompetitiva ya consumada.<sup>91</sup>

La Ley 27442 ordena notificar todas aquellas operaciones que cumplan con una serie de requisitos, tanto cualitativos como cuantitativos y también establece un procedimiento denominado “Opinión consultiva” (Artículo 10) para despejar dudas acerca del cumplimiento de dichos requisitos

Para que una operación económica sea notificable conforme al art. 7 de la LDC, es necesario que se cumplan con ciertos requisitos referidos a la envergadura de la operación. La L.D.C estableció una serie de “umbrales monetarios”, surgidos de criterios cuantitativos fijados en los artículos 9 y 11 de dicha norma. Dichos criterios cuantitativos no están establecidos en moneda corriente sino que utilizan como unidad de cuenta las

---

<sup>90</sup> Este sistema de notificación ex ante, sin embargo, no entró en vigencia junto con el resto de las disposiciones de la LDC. El control ex ante entrará en vigencia en un plazo de un año contado desde que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) se encuentre en funcionamiento, el que aún no se ha constituido. Hasta entonces sigue rigiendo el control ex post establecido en la ley previa y la notificación puede hacerse hasta una semana luego del cierre de la transacción.

<sup>91</sup> MV.G. DE QUEVEDO (2000), “Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas”, Op. Cit, p.282.

denominadas “unidades móviles” (Art.85 L.D.C), cuyo valor monetario se actualiza anualmente según la evolución del índice de precios del consumidor.<sup>92</sup>

La Ley 27442 implementó mecanismos de tipo “carril rápido” (fast track) tendientes a reducir los tiempos de decisión para los casos de transacciones que no presenten riesgos para la competencia. Algunos de estos criterios para evaluar aquellos casos considerados a priori como no dañinos a la competencia y cuya aprobación debiera ser más ágil, se encuentran desarrollados en los Lineamientos para el control de concentraciones económicas emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el año 2018. Dicha guía tiene como objetivo describir los criterios generales que seguirá la autoridad de aplicación para el análisis de las concentraciones económicas que le sean notificadas, contribuyendo a que sus decisiones resulten más predecibles para los particulares.

Estos lineamientos establecen como criterio general que operaciones entre empresas con una participación de mercado conjunta menor al 20% no deberían generar preocupación en términos de reducción de la competencia. En la misma dirección se explicita que existen operaciones que pueden ser evaluadas sin necesidad de definir el mercado relevante, siempre que se trate de casos en los que el efecto sobre la competencia sea insignificante.

El art. 7 de la actual Ley 27.442 define a la operación de concentración económica como “*la toma de control de una o varias empresas*” a través de los actos enumerados en sus cinco incisos, los que se encuentran sujetos a notificación en la medida que se supere el umbral establecido por el art.9 L.D.C y siempre que no se verifiquen las exenciones previstas por el art.11° del precitado cuerpo legal.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Para que una operación de concentración económica supere los umbrales monetarios de la LDC, deben cumplirse simultáneamente dos condiciones: 1. El volumen de negocios de las empresas afectadas debe superar en el país la suma de 100 millones de unidades móviles (Art. 9 LDC), y 2. El monto de la operación o el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran o transfieran o se controlen deben superar, los 20 millones de unidades móviles o, en los 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones en el mismo mercado que en conjunto superen dicho importe, o en los últimos 36 meses, se hubieran efectuado operaciones en el mismo mercado que en conjunto superen los 60 millones de unidades móviles. (Art. 11 LDC).

<sup>93</sup> BIAGGINI, P. y ASPLINDH, H., *Joint Venture y el control previo de fusiones & adquisiciones en el Derecho argentino*- -Boletín Latinoamericano de Competencia, Op. Cit.

Tales supuestos legales comprenden relaciones de control de hecho y de derecho, interno y externo, y directo e indirecto, de acuerdo con el clásico distingo efectuado por la escuela societaria francesa.

Dispone el citado artículo 7 que a los efectos de la L.D.C se entiende por concentración económica la “toma de control” de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos: a) la fusión entre empresas, b) la transferencia de fondos de comercio, c) la adquisición de 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 ella, 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 una “influencia determinante” en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa. e) cualquiera de los actos del inciso c) del presente que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

La condición general y definitoria para todas las concentraciones económicas es que se adquiera el control de una o varias empresas. Sin embargo, se trataría de una condición necesaria pero no suficiente, pues el artículo 7 exige, para que exista una concentración comprendida en dicho artículo, que se reúnan los extremos previstos en alguno de los incisos del citado artículo. En consecuencia, las características y efectos del elemento adquisición de control serán examinadas en relación con cada una de las distintas hipótesis de concentración enumeradas en el artículo 7.<sup>94</sup>

Para la determinación de una relación de control, a los fines del capítulo III de la L.D.C la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido, en numerosos precedentes<sup>95</sup> que no corresponde atenerse estrictamente a los criterios de la Ley General de Sociedades Nro. 19.550 y sus modificatorias y en particular a lo dispuesto en el Art. 33. En ese sentido, debe repararse en que el art.4º segundo párrafo de la L.D.C recepta

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> Opiniones consultivas, CNDC, Nro 3, 17, 31, 32 33 y 41.

de manera explícita el principio de la realidad económica, el cual se erige como piedra angular del ordenamiento antimonopólico vernáculo.

Nos encontramos así que, por un lado, la L.D.C habla de “influencia sustancial” y de “influencia determinante” y la ley de sociedades comerciales de “influencia dominante”. Para distinguir entre uno y otro concepto debe observarse que lo que la L.D.C busca determinar, fundamentalmente, es cuál es el impacto del acto sobre la competencia. Por lo tanto, si un acto implica que una persona adquiere, por vía de sus derechos en una estructura societaria, la posibilidad de determinar el comportamiento competitivo debe entenderse que esa persona participa de una concentración económica.

El mencionado organismo nacional ha considerado aplicable la doctrina del control elaborada por la Comisión Europea, en numerosas oportunidades al expedirse consultivamente<sup>96</sup>. En efecto, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido que la adquisición del control, ya sea exclusivo o conjunto<sup>97</sup>, depende de una serie de circunstancias de hecho y de derecho.

Dada la intención de determinar el impacto de las concentraciones sobre la competencia, que orienta toda la construcción subyacente del artículo 7 de la L.D.C, ha de ser la relación empresarial entre los adquirentes de acciones o participaciones el elemento determinante para establecer que han adquirido tales acciones o participaciones en común. Lo definitorio es que constituyan una unidad de decisión dentro de la empresa de cuyas acciones o participaciones se trata.<sup>98</sup> En este contexto, influencia sustancial o determinante (art.7 LDC Inc c y d) significa el poder para bloquear acciones o decisiones que determinan la estrategia competitiva de la empresa.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Opinión consultiva CNDC, Nro. 124 puntos 17 a 51.

<sup>97</sup> El control exclusivo, desde el punto de vista jurídico, normalmente se adquiere cuando una empresa accede a la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad o empresa. También puede adquirirse el control exclusivo a partir de una minoría calificada, lo cual puede determinarse jurídica o fácticamente. El control exclusivo será en tal caso jurídico cuando existan derechos específicos inherentes a la participación minoritaria. Al igual que en el caso del control exclusivo, la adquisición de control conjunto puede determinarse analizando las circunstancias de derecho y de hecho. Existe “control conjunto” cuando los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada. También se verifica cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa.

<sup>98</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*”, Op. Cit. p.87.

<sup>99</sup> En el proyecto de Guía de notificación de concentraciones económicas emitido en 2019, entre los derechos que darían lugar al control se encuentran los que permiten influir en decisiones relevantes, tales

En un análisis puntual de cada una de las figuras que enumera el artículo 7 de la LDC, CABANELLAS sostiene que, por definición, una fusión implica que varias estructuras societarias se unen para formar una única sociedad, regida por un único conjunto de órganos societarios. Señala que las fusiones previstas en el artículo 7 inciso a) de la L.D.C no son otras que las previstas en la Ley General de Sociedades. Es un concepto de Derecho Privado que la L.D.C recoge sin introducirle modificaciones.<sup>100</sup>

En la referencia a transferencias de fondos de comercio, también en este caso, la L.D.C utiliza un concepto firmemente arraigado en el Derecho Privado y regulado en forma especial, en este caso por la Ley 11867.<sup>101</sup> Debe tenerse en cuenta que las transferencias de activos que no impliquen transferencia de fondos de comercios pero que supongan concentraciones económicas quedarán encuadradas en el artículo 7 inciso d) de la LDC.

Respecto de los títulos cuya adquisición es susceptible de dar lugar a que una operación encuadre en el artículo 7 inciso c), han de ser títulos que permitan participar en carácter de socio en una sociedad, en forma mediata o inmediata.<sup>102</sup> El inciso c) del artículo 7 de la L.D.C está orientado a la adquisición de acciones o participaciones societarias.

Para las empresas constituidas en forma no societaria y carente de personalidad jurídica es preciso recurrir a la figura residual del inciso d) del mismo artículo. El inciso

---

como aprobación de presupuesto, planes de negocios, el programa de actividad, programas de inversión, políticas comerciales, políticas de precio y demás variables del mercado, de designación de presidente de la compañía y en general demás cuestiones que habiliten a ejercer una influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa.

<sup>100</sup> Las fusiones, conforme el artículo 82 de la Ley General de Sociedades, son básicamente de dos tipos: las que tienen lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva y las que resultan cuando una sociedad ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas.

<sup>101</sup> DE QUEVEDO, M.V.G. (2000), “*Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas*”, Op. Cit, p.286; MARTÍNEZ MEDRANO, G. (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Buenos Aires, Depalma–Lexis Nexis, pag.151.

<sup>102</sup> En relación con los títulos de deuda, la regla general es que su adquisición está excluida del régimen de notificación del artículo 8 de la LDC. Sin embargo, el propio artículo 6 incisos c) de la misma Ley establece un apartamiento respecto de esta regla general, pues incluye expresamente entre los actos que pueden configurar concentraciones económicas la adquisición de “títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital”. En consecuencia, la adquisición de debentures u obligaciones negociables convertibles en acciones es susceptible de encuadrar en el artículo 6 inciso c).

d) del artículo 7 de la L.D.C incluye una figura residual comprensiva de las tomas de control de empresas que no encuadran en los restantes incisos del citado artículo. El inciso analizado menciona en forma expresa las transferencias “en forma fáctica o jurídica”.

En el derecho europeo, el criterio utilizado para determinar si la adquisición de activos de una empresa debe ser sometida a control previo, por configurar una concentración, es que esos activos sean susceptibles de configurar una empresa, de modo que pueda imputárseles cierto volumen de ventas o de participación en el mercado.<sup>103</sup> Este criterio es fundamentalmente válido bajo el Derecho argentino <sup>104</sup> teniendo en cuenta que el artículo 7 se basa en la figura de “toma de control” de una empresa.

En lo que respecta puntualmente a las agrupaciones de colaboración o empresas conjuntas, a diferencia de la legislación comparada antes detallada, la Ley 27.442 (L.D.C) no incluye un tratamiento explícito para las mismas. Algunas de ellas constituirán concentraciones económicas, pudiendo entonces estar sujetas a la obligación de notificación prevista en el artículo 9 de la L.D.C. si se dan los extremos allí previstos y otras no tendrán tal carácter. De sancionarse la última propuesta de reforma a la Ley 27.442 aprobada por el Senado de la Nación en febrero 2021, se incorporaría expresamente a los Joint Ventures en el control de concentraciones.

El Proyecto de Guía de notificación de concentraciones económicas emitido en 2019, aún no vigente, comprende expresamente a los acuerdos asociativos o Joint Ventures dentro de los supuestos que pueden ser considerados concentraciones económicas a los fines de la notificación que exige la ley. La guía destaca que desde el punto de vista de la gobernanza corporativa estos acuerdos son entidades controladas en conjunto por los agentes que los constituyen. Resalta que los Joint ventures “con plenas funciones” se caracterizan por actuar en el mercado con autonomía o independencia operativa respecto de sus empresas matrices y en consecuencia su creación tendría la capacidad de generar cambios estructurales en el mercado.

En este sentido el proyecto de Guía se basa en los antecedentes Europeos en el tratamiento de este tipo de acuerdos. El proyecto resalta que para que se genere la obligación de notificar la operación en los términos de la L.D.C, la empresa que se crea

---

<sup>103</sup> COOK, C.J. y KERSE, C.S. (2000), *EC Merger Control*, Op.Cit., pag.25.

<sup>104</sup> DE QUEVEDO, M.V.G. (2000), “*Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas*”, Op.Cit, pag.290.

deberá contar con “plenas funciones”<sup>105</sup> de una entidad económica autónoma, siguiendo los criterios de la Comisión Europea.<sup>106</sup> La adquisición de un Joint Venture ya creado o de alguna de sus participaciones, de acuerdo al Proyecto de guía podría constituir un cambio de control pasible de encuadrar en los términos del artículo 7 Inc. c) de la Ley.

BIAGGINI y ASPLINDH sostienen para encuadrar al “Joint Venture” como un acto de concentración económica a los fines del Capítulo III de la L.D.C lo determinante consiste en verificar si mediante la constitución del mismo ciertas unidades de negocios aportadas al emprendimiento común pasarán a ser controladas conjuntamente por las empresas vinculadas. En tal supuesto se verificaría un cambio en la naturaleza del control sobre determinados activos afectados al emprendimiento conjunto, mutando de exclusivo (ya que eran anteriormente controlados individualmente por cada una de las empresas aportantes) a conjunto.<sup>107</sup>

En tal sentido, y atento a la amplitud del inciso d) del art.7 L.D.C, resulta indispensable diseñar un conjunto de reglas para decidir en qué supuestos nos encontramos en presencia de un caso de “control” en conjunto y cuando de mera “coordinación” de actividades. El primer factor a tener en cuenta es de qué modo determinan su estrategia competitiva cada una de las empresas involucradas en el mercado relevante. Si la misma es independiente, ello demuestra que nos enfrentamos a un supuesto de coordinación. Si ella se decide a través del Joint Venture nos encontramos ante un escenario de “control”.<sup>108</sup>

En los casos de Uniones Transitorias (UT) y Acuerdos de Colaboración (AC), BIAGGINI y ASPLINDH subrayan que la línea divisoria entre “control” y “coordinación” de actividades no siempre es evidente. Un aspecto a considerar,

---

<sup>105</sup> Esta exigencia no implicaría autonomía absoluta en la toma de decisiones estratégicas, sino que bastará para su satisfacción con que la firma cuente con autonomía funcional u operativa. Existirá autonomía funcional cuando la empresa que nace como Joint Venture desempeñe todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas que participan en el mercado (domicilio específico, suficientes activos tangibles e intangibles, etc.), su actividad debe exceder el mero auxilio o apoyo a las firmas que la controlan y debe proyectarse con carácter permanente

<sup>106</sup> “Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CCE) n° 4064/89 del consejo sobre el control de operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01)” Artículo 3(2).

<sup>107</sup> BIAGGINI P. & ASPLINDH H. (2002) *Joint Venture y el control previo de fusiones & adquisiciones en el Derecho argentino*, Op. Cit.

<sup>108</sup> *Ibid.*

contemplando tanto la normativa antimonopólica norteamericana como la europea, sería la transitoriedad que presentan esta clase de emprendimientos y que consecuentemente los eximiría de notificación.

BIAGGINI y ASPLINDH sostienen que la constitución de todo Joint Venture, con viso de permanencia, que implique una “toma de control” en común de las unidades de negocios o activos aportados- que con anterioridad cada uno de los sujetos coligados controlaba individualmente- constituye un acto de concentración económica en los términos del art.7 ° inciso d) de la LDC.

No obstante- y sin perjuicio de que estamos ante un supuesto en el cual gravitan fundamentalmente consideraciones de hecho, lo cual obliga a que el encuadramiento como acto de concentración deba efectuarse “caso por caso”- los autores señalan que por razones de seguridad jurídica correspondería a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia elabore algunas pautas o lineamientos generales que posibiliten a los empresarios determinar si el emprendimiento conjunto que planean llevar a cabo recae en una “zona segura” o bien amerita una presentación ante la autoridad de aplicación de la L.D.C. <sup>109</sup>

En el mismo sentido, CABANELLAS y KELLY sostienen que, en algunos casos, los denominados contratos de colaboración empresarial, pueden implicar un grado de asociación muy débil, al cual no será posible imputar clientela alguna. <sup>110</sup> Sin embargo, en otros casos, una agrupación de colaboración y especialmente una unión transitoria de empresas, puede tener una estructura comercial similar a una sociedad, y tener su propia clientela. Por lo tanto, la transferencia de derechos respecto del correspondiente contrato de colaboración puede asimilarse a la toma de control de una empresa y quedar así comprendida en el artículo 7 de la LDC, en cuanto a adquisición de activos. <sup>111</sup>

De aprobarse la última propuesta de reforma a la L.D.C, propuesto por primera vez ante el Congreso Nacional en noviembre del año 2020, que recibió en febrero del año 2021 media sanción del Senado de la Nación, se incorporarán una serie de modificaciones

---

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. & KELLY, J. (1987), *Contratos de colaboración empresarial*, Capital Federal, Editorial Claridad S.A.

<sup>111</sup> Ibid.

a la actual Ley de Defensa de la Competencia, muchas de las cuales son de enorme relevancia para el tema tratado en el presente trabajo.

En cuanto al sistema de control de concentraciones económicas, la legislación propuesta modifica la definición de concentración económica estipulada en la actual L.D.C. Según la nueva definición, los Joint ventures o acuerdos participativos de cualquier tipo que sean autónomos y tengan funciones plenas se considerarán concentraciones económicas. Esta inclusión resulta muy significativa, siendo que hasta el momento no existía ninguna referencia explícita a los acuerdos asociativos en la legislación vigente en lo referido al control de fusiones y adquisiciones.

En el proyecto se adopta el criterio de “plenas funciones” desarrollado en el derecho europeo. La autonomía necesaria para separarse de las actividades comerciales desarrolladas por los partícipes y la capacidad de generar un volumen de negocios propio como así también su propia clientela serían los elementos determinantes para evaluar si un contrato de colaboración debe someterse al control previo de concentraciones económicas.

En referencia a los criterios de evaluación de las concentraciones, el artículo 8 de la L.D.C guarda un paralelismo con la mirada establecida por el artículo 1 de la L.D.C. La L.D.C ha optado por evaluar las concentraciones desde la perspectiva de la posible restricción de la competencia y no como posibles abusos de posición dominante. El examen de las concentraciones requiere comparar, la situación competitiva antes y después de la concentración.

La evaluación de los efectos de una concentración económica sobre la competencia y sobre el interés económico general debe efectuarse en varias etapas. En primer lugar, hay efectos inmediatos, derivados del hecho mismo de la concentración, que por definición implica alterar la estructura de mercado reduciendo el número de competidores. En segundo lugar, existen efectos ulteriores, que cabe calificar de dinámicos, resultantes del impacto que la concentración tendrá sobre el funcionamiento del mercado a lo largo de la evolución probable de éste en un contexto de mayor concentración de la oferta, por ejemplo, facilitando las concertaciones entre las empresas del sector. En tercer lugar, debe evaluarse en qué medida existen efectos económicos positivos o negativos atribuibles a la concentración.

El análisis de participaciones de mercado será llevado a cabo en el entendimiento de que una operación de concentración entre empresas con cuotas de mercado reducidas es muy difícil que genere problemas de competencia que impliquen un perjuicio para el interés económico general.<sup>112</sup>

Una de los principales efectos unilaterales sobre la competencia que puede tener una operación de concentración económica es la creación o refuerzo de una posición dominante en un mercado. Otro efecto potencial relevante es el derivado de la mayor facilidad para llevar a cabo prácticas concertadas o colusivas entre las empresas del sector involucrado, al reducirse el número. Un mayor grado de concentración facilita las comunicaciones y hace más previsibles las reacciones de los competidores.

Aun si una operación de concentración económica aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, la autoridad de contralor evalúa la amenaza del ingreso de nuevos competidores como un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado pueda realizarse en forma rápida, probable y significativa. Asimismo, se evaluará el hecho de que una o más empresas concentradas hubieran abandonado el mercado en ausencia de la concentración, entre otros factores que inciden sobre el impacto de una concentración sobre el funcionamiento efectivo de los mercados.

Finalmente, en una tercera etapa, debe determinarse en qué medida la fusión o concentración repercute sobre el interés económico general, conforme lo exige el art.8 de la L.D.C. Debe tenerse en cuenta que tales actos con efectos estructurales sobre la competencia también pueden generar efectos positivos, derivados de la integración de estructuras productivas y de economías de escala. De allí que una concentración calificable como restrictiva de la competencia pueda ser válida frente al artículo 8 de la L.D.C si sus efectos económicos globales son beneficiosos<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> En los lineamientos se resalta que una operación entre empresas cuya participación de mercado conjunta es menor al 20% no debería generar preocupación en términos de reducción de la competencia, ya que existe todo otro conjunto de empresas que abarcan más del 80% del mercado y que no están participando en la operación bajo análisis.

<sup>113</sup> Los beneficios económicos atribuibles a una concentración deben ser, para ser computables en los efectos sobre el interés económico general, producto de tal concentración y no obtenibles por vías alternativas, tal como el crecimiento o reestructuración internos de las empresas operando en forma independiente.

Conforme señalan los Lineamientos para la evaluación de concentraciones económicas actualizados en el año 2018, a la hora de analizar el impacto de una concentración sobre el interés económico general, debe atenderse a las eventuales ganancias de eficiencia derivadas de la operación (tales como la concreción de economías de escala o alcance) y a los beneficios que esas ganancias signifiquen para los consumidores del país.

Existen casos excepcionales en los que las ganancias de eficiencia derivadas de la operación son de tal envergadura que, a pesar del aumento de poder de mercado, los precios terminan siendo más bajos que antes de la operación. En consecuencia, la existencia de ganancias de eficiencia y el impacto que estas tengan sobre los consumidores pueden determinar que una concentración no perjudique al interés económico general aunque aumente la probabilidad de ejercicio de poder de mercado.

### **3. Tratamiento de los acuerdos de cooperación no concentrativos en distintas jurisdicciones**

En el presente capítulo se abordará las regulaciones legales y antecedentes jurisprudenciales que ilustran cómo las distintas jurisdicciones regulan desde la mirada antitrust los acuerdos de colaboración empresaria que no constituyen fusiones. A pesar de no resultar en concentraciones económicas, algunas jurisdicciones como la Unión Europea exigieron durante décadas un control de tipo ex ante de dichos contratos. Asimismo, tanto Estados Unidos como los países de la Unión Europea han dictado lineamientos específicos que regulan detalladamente la materia de acuerdos colaborativos.

#### **3.1. Regulación de acuerdos de cooperación en Estados Unidos**

A los fines del análisis de un acuerdo de colaboración entre competidores, las agencias antitrust estadounidenses distinguen entre aquellos acuerdos de colaboración que son considerados ilegales per se- que tienen por objeto o efecto aumentar el precio o disminuir las cantidades producidas- de aquellos otros acuerdos que deben ser analizados bajo la regla de la razón. En este último caso el análisis se concentrará en si el acuerdo de concentración puede llegar a afectar la competencia en el mercado relevante, aumentando los precios o reduciendo las cantidades producidas o bien afectando la calidad de lo producido o la innovación tecnológica en comparación a lo que ocurrirá en ausencia de dichos acuerdos.

Con el fin de evaluar la formación de empresas conjuntas bajo el Derecho estadounidense se tienen en cuenta los beneficios <sup>114</sup>para el funcionamiento de los

---

<sup>114</sup> Entre los beneficios cabe mencionar aspectos tales como economías de escala, integración de recursos complementarios, disminución de costos de transacción, creación de estándares comunes , posibilitar ingreso en mercados a los que las empresas participantes no pueden acceder independientemente (ej.: debido al volumen de inversión requerida, o las tecnologías necesarias para operar), mejor coordinación entre distintos niveles de producción , mejoras en la innovación y desarrollo tecnológico , entre otros supuestos.

mercados que implica tal formación, así como las restricciones que para su comportamiento competitivo<sup>115</sup> pueden derivarse de este tipo de empresas.<sup>116</sup>

En ciertas áreas se han dictado lineamientos y normas especiales, debido a la frecuencia con que se suscitan dificultades de evaluación y la necesidad de contar con marcos de referencia claros a la luz de las complejidades características de tales sectores.

117

Entre los lineamientos rectores en materia de acuerdos de colaboración empresarial se destaca la “Antitrust guidelines for collaborations among competitors” emitida por Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice en el año 2000, la cual tiene la intención de determinar los criterios de decisión de las agencias de competencia al analizar los convenios de cooperación entre competidores.

Esta guía describe un marco de análisis para asistir a los agentes económicos al momento de evaluar la probabilidad de un riesgo anticompetitivo en lo que respecta a un contrato de colaboración con uno o más competidores. Este marco debe ayudar a los agentes a evaluar las transacciones que se le proponen con mayor entendimiento de las posibles consecuencias, desalentando las colaboraciones que pueden dañar la competencia y a los consumidores, y facilitar a la autoridad de aplicación en la investigación de este tipo de colaboraciones.

En los lineamientos aquí analizados, se hace una especial distinción entre el concepto de colaboración entre competidores y las fusiones entre empresas. La mayoría de las fusiones o concentraciones eliminan totalmente la competencia entre las partes involucradas en el mercado relevante. En contraste, la mayoría de las colaboraciones entre competidores preserva algún tipo de competencia entre los participantes. Esta

---

<sup>115</sup> Entre los riesgos y perjuicios que se crean para la competencia, cabe mencionar el hecho de que sólo ingrese una empresa al mercado, cuando hubiera sido posible el ingreso independiente de ambas, la eliminación de las presiones derivadas del ingreso potencial en el mercado de las firmas que forman la empresa conjunta, la necesaria colaboración entre competidores que implica la formación de una empresa conjunta en la que participan, la posibilidad de que la empresa conjunta cree obstáculos al suministro de los competidores de las firmas que la han formado o a la comercialización de sus productos, y la inclusión de cláusulas restrictivas accesorias en los contratos que dan origen a la empresa conjunta.

<sup>116</sup> SULLIVAN, L.A., GRIMES W. S. & SAGERS C.L (2016), *The law of antitrust*, Saint Paul, West Academic Publishing, p.652.

<sup>117</sup> En materia de empresas conjuntas para prestaciones médicas u hospitalarias, en materia de empresas para el desarrollo conjunto de tecnologías, et. Cf., SULLIVAN, L.A., GRIMES W. S. & SAGERS C.L (2016), *The law of antitrust*, Op. Cit, p.670.

competencia remanente puede reducir las preocupaciones, pero también puede hacer surgir la pregunta de si los participantes podrían haber pactado restricciones a la remanente competencia entre ellos.

Otro elemento señalado por la Guía estadounidense para distinguir a las fusiones de la cooperación empresarial se vincula a su duración: las concentraciones están diseñadas para ser permanentes, mientras que la colaboración entre competidores es típicamente de duración limitada. En consecuencia, los integrantes en una colaboración típicamente se mantienen como “potenciales competidores”, incluso si no fueran actualmente competidores durante la colaboración. El potencial de la futura competencia entre ellos, requiere un escrutinio diferente que el requerido para las fusiones.

La guía señala dos tipos de análisis que son utilizados por la Corte Suprema para determinar la legalidad de un acuerdo entre competidores: el criterio “per se” y la “regla de la razón”.<sup>118</sup> Determinados tipos de acuerdos son tan propensos a generar daños a la competencia y cuyos posibles efectos pro competitivos son casi nulos que no ameritan gastar tiempo y recursos para indagar detalladamente en sus efectos. Una vez identificados, dichos acuerdos son considerados “ilegales per se”.<sup>119</sup>

Todos los otros acuerdos que no se incluyen en la ilegalidad per se son evaluados bajo la “regla de la razón”, lo que involucra un análisis fáctico en los detalles del acuerdo y ver sus “efectos competitivos netos”, lo que implica sopesar posibles daños a la competencia y las probables eficiencias a generarse producto de tal acuerdo. Como lo ha explicado la Corte Suprema, el análisis bajo la regla de la razón implica una evaluación flexible y varía en el foco y el detalle de dicho análisis dependiendo de la naturaleza del acuerdo y las circunstancias de mercado que lo envuelven.<sup>120</sup>

Los acuerdos considerados como ilegales per se son acuerdos del tipo en los que siempre o casi siempre se tiende a elevar precio o reducir niveles de producción.<sup>121</sup> Típicamente los mismos constituyen acuerdos de “no competir” en precio o en

---

<sup>118</sup> National Soc’y of Prof’l. Eng’rs v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978).

<sup>119</sup> FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n, 493 U.S. 411, 432-36 (1990).

<sup>120</sup> California Dental Ass’n v. FTC, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999); FTC v. Indiana Fed’n of Dentists, 476 U.S. 447, 459-61 (1986); National Collegiate Athletic Ass’n v. Board of Regents of the Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 104-13 (1984).

<sup>121</sup> See Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., 441 U.S. 1, 19-20 (1979)

producción.<sup>122</sup> Este tipo de acuerdos incluyen: acuerdos de fijación de precios o de niveles de producción, el reparto de mercados dividiéndose clientes, territorio, proveedores, o líneas de negocios. Los tribunales una vez identificados ese tipo de acuerdo los presume ilegales sin ahondar en sus beneficios pro competitivos, propósitos del negocio, efectos generales sobre la competencia. El Departamento de Justicia persigue a los integrantes de estos “Hard Core cartels” criminalmente.

Sin embargo, aún si se tratara de uno de los tipos de acuerdos considerados a priori ilegales per se, si se trata de una integración que contribuye a la eficiencia de la actividad económica<sup>123</sup> y el acuerdo es razonablemente necesario para lograr esos efectos pro competitivos, las agencias analizarán tal acuerdo bajo la regla de la razón.<sup>124</sup>

El análisis bajo la regla de la razón se focaliza en el estado de la competencia con y sin el acuerdo analizado. La pregunta central es si el acuerdo bajo análisis daña la competencia incrementando la habilidad o incentivos para aumentar precios o reducir producción, o calidad, o innovación muy por debajo de lo que probablemente prevalecería en el mercado en la ausencia de ese acuerdo.

El análisis de la agencia comienza con un examen de la naturaleza del acuerdo<sup>125</sup>. En algunos casos, la naturaleza misma del acuerdo y la ausencia de poder de mercado pueden demostrar la ausencia de peligro de daño a la competencia. En tales casos, la agencia debería aprobar el acuerdo.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990); United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

<sup>123</sup> En una integración que contribuye a mayor eficiencia, los participantes colaboran para realizar una o más funciones de negocios, tales como producción, distribución, marketing, compras, investigación y desarrollo, y por lo tanto se benefician, u obtienen beneficios potenciales, los consumidores a través de la expansión de la producción, reduciéndose el precio o aumentando la calidad, los servicios o la innovación.

<sup>124</sup> Arizona v. Maricopa County Medical Soc’y, 457 U.S. 332, 339 n.7, 356-57 (1982).

<sup>125</sup> La naturaleza del acuerdo es relevante para evaluar si puede o no causar daños a la competencia. Por ejemplo, limitando la capacidad de decisión independiente o combinando el control sobre determinados intereses en producción, activos esenciales, decisiones de precios, producción u otras variables sensibles, un acuerdo puede crear o incrementar el poder de mercado o facilitar el ejercicio de aquél por parte de los participantes o por la colaboración.

<sup>126</sup> Alternativamente, en los casos en que la probabilidad de daños a la competencia es evidente en virtud de la naturaleza del acuerdo, o el daño anticompetitivo ya ha resultado con motivo de que el acuerdo ya ha entrado en vigencia, entonces, en ausencia de evidentes beneficios que contrarresten los efectos anticompetitivos, la agencia debe rechazar la legalidad del acuerdo sin mayor análisis.

Si del examen inicial de la naturaleza del acuerdo indica que el mismo puede resultar preocupante, pero el acuerdo no es de aquellos que podría rechazarse sin mayor análisis por resultar ilegal per se, entonces la agencia debe analizar dicho acuerdo con mayor profundidad. La agencia típicamente define el mercado relevante y calcula las participaciones de mercado y concentración como un paso inicial en la evaluación de si el acuerdo puede crear o incrementar el poder de mercado o facilitar su ejercicio<sup>127</sup>.

La agencia examina factores relevantes que demuestren en qué medida los partícipes y la colaboración tienen la habilidad y los incentivos para competir independientemente, como por ejemplo si el acuerdo es exclusivo o no exclusivo y su duración<sup>128</sup>.

Se destaca que este tipo de colaboración puede dañar la competencia y a los consumidores incrementando la habilidad o incentivos de aumentar los precios, o reducir la producción, calidad, o innovaciones, por debajo del nivel que existiría en ausencia del acuerdo. Los acuerdos podrían limitar la toma de decisiones independientes de los partícipes o combinar el control de activos esenciales, o las decisiones en relación al precio, producción u otras variables sensibles desde la competencia, o podría reducir la habilidad o incentivos de los partícipes a competir independientemente.

En la guía se señala expresamente que este tipo de colaboración entre competidores puede también facilitar la colusión tácita o explícita <sup>129</sup> propiciando prácticas tales como el intercambio o revelación de información competitiva sensible o por medio del incremento de la concentración en el mercado. La colaboración entre competidores puede proporcionar la oportunidad a los partícipes de discutir y acordar sobre términos anticompetitivos, o también para coludir anticompetitivamente, además de aumentar la habilidad de detectar y penalizar desviaciones de tales acuerdos colusivos.

---

<sup>127</sup> Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 464 (1992).

<sup>128</sup> Comparar NCAA, 468 U.S. at 113-15, 119-20 (a las Universidades no se les permitía televisar sus propios juegos sin limitaciones) con Broadcast Music, 441 U.S. at 23-24 (ningún impedimento legal o práctico a licencias individuales)

<sup>129</sup> Un acuerdo puede aumentar la probabilidad de ejercicio de poder de mercado facilitando la colusión tácita o explícita ya sea facilitando prácticas tales como el intercambio de información competitiva sensible o a través del incremento de la concentración del mercado.

Cuando la naturaleza del acuerdo y la participación en el mercado y concentración revelan una alta probabilidad de daños a la competencia, la agencia debe mirar mes detenidamente el alcance de la habilidad de los partícipes y de la colaboración a competir independientemente.

La agencia se focalizará en seis factores: a) El alcance de la no exclusividad del acuerdo y si los partícipes pueden continuar compitiendo independientemente por fuera de la colaboración en el mercado en el que la colaboración opera; b) El nivel de control independiente sobre los activos necesarios para competir que tienen los partícipes; c) La naturaleza y extensión de los intereses financieros de los partícipes en la colaboración o entre ellos; d) El control sobre la toma de decisiones de la colaboración; e) La probabilidad de intercambio de información riesgosa para la competencia; f) La duración de la colaboración.

La agencia examina hasta qué nivel el acuerdo relevante permite a los participantes continuar compitiendo entre ellos y la empresa de colaboración, ya sea separadamente, a través de operaciones de negocios independientes o a través de su membresía en otras colaboraciones.

Cuando la naturaleza del acuerdo y las participaciones de mercado y concentración sugieren una probabilidad de daños a la competencia que no es suficientemente mitigada por la competencia, entonces la Agencia debe indagar si la entrada al mercado sería oportuna, probable y suficiente en su magnitud, características para detener o contrarrestar el peligro de daño a la competencia. Si la entrada es fácil y contrarrestaría dichos riesgos, no debe continuar con el análisis del acuerdo.

Si el examen de estos factores indica que no existen potenciales peligros de daño a la competencia, la agencia finaliza la investigación sin indagar sobre los efectos pro competitivos. Si de la investigación resultaren peligros de posibles daños a la competencia, la agencia examina si el acuerdo es razonablemente necesario para lograr esos beneficios pro competitivos y si los mismos exceden el posible daño. Las agencias reconocen que los consumidores pueden beneficiarse de colaboraciones entre competidores en una variedad de formas.

Si los partícipes podrían alcanzar una equivalente o comparable integración que aumente la eficiencia a través de medios menos restrictivos, entonces la agencia deberá concluir que ese acuerdo no es razonablemente necesario.

La guía enumera una lista de determinados tipos de acuerdos entre competidores de los que pueden surgir preocupaciones competitivas, resultando meramente enunciativa la enumeración. Pone especial foco en los acuerdos que pueden facilitar la colusión. Entre los acuerdos que limitan la toma de decisiones independientes o combinan el control o intereses financieros, la Guía enumera a los acuerdos de colaboración en la producción<sup>130</sup>, en marketing<sup>131</sup>, colaboración para compras<sup>132</sup> y acuerdos para operaciones de investigación y desarrollo<sup>133</sup>.

En lo que respecta a los efectos pro competitivos de los acuerdos antes mencionados, señala que los acuerdos para producir conjuntamente suelen ser pro competitivos. En lo que respecta a los acuerdos de investigación y desarrollo, la mayoría

---

<sup>130</sup> La colaboración entre competidores puede involucrar acuerdos para producir conjuntamente un producto para vender a otros o para ser utilizado por los propios partícipes como insumo. Los mismos pueden crear o incrementar el poder de mercado o facilitar su ejercicio limitando las decisiones independientes de las partes o a través de la combinación del control sobre parte o toda la producción o sobre activos esenciales. Tales acuerdos pueden reducir el control individual de los partícipes sobre insumos o activos necesarios para competir y por ende reducir su habilidad para competir independientemente, combinar intereses financieros de tal modo que mermen sus incentivos para competir.

<sup>131</sup> Los acuerdos de colaboración en Marketing pueden consistir en vender, distribuir, o promover conjuntamente bienes o servicios que pueden ser fabricados conjunta o individualmente por los partícipes. La guía destaca que tales acuerdos pueden ser pro competitivos, por ejemplo, donde la combinación de activos complementarios permite generar productos que lleguen más rápida y eficientemente al Marketplace. Sin embargo, también pueden implicar acuerdos sobre precio, producción u otras variables competitivas, o sobre el uso de activos significativos competitivamente, como una extensa red de distribución, lo que puede resultar en daño a la competencia, pudiendo crear o incrementar el poder de mercado o facilitar su ejercicio limitando la capacidad de decidir independientemente.

<sup>132</sup> Los acuerdos entre competidores pueden consistir también en acordar comprar en conjunto insumos necesarios. Muchos de tales acuerdos puede permitirles a los partícipes centralizar órdenes de compra, combinar funciones de distribución más eficientemente, o lograr otras eficiencias. Sin embargo, tales acuerdos pueden crear o incrementar poder de mercado (que en el caso de los compradores se denomina “monopsony power”) o facilitar su ejercicio incrementando la habilidad de las partes o los incentivos a aumentar el precio del producto comprado y por ende deprimir la producción, por debajo de lo que prevalecería en la ausencia de dicho acuerdo relevante. Estos acuerdos también pueden facilitar la colusión a través de la estandarización de los costos de los competidores o aumentando la capacidad de proyectar o monitorear los niveles de producción de los partícipes a través del conocimiento de sus compras de insumos.

<sup>133</sup> Si bien la mayoría de los mismos son considerados pro competitivos, pueden crear o incrementar el poder de mercado o facilitar su ejercicio limitando la capacidad de las partes de tomar decisiones independientes o combinando el control sobre activos competitivamente significativos o por sobre una porción de los esfuerzos de los partícipes en R&D.

de tales acuerdos son considerados pro competitivos<sup>134</sup> por la autoridad de competencia, y usualmente son analizados bajo la “regla de la razón”.<sup>135</sup>

La jurisprudencia estadounidense ha permitido los acuerdos entre competidores destinados a adquirir conjuntamente insumos, en la medida en que se trate de mercados no concentrados y en los que el conjunto de tales competidores no implique una concentración significativa, y siempre que los acuerdos no se vean acompañados de cláusulas indebidamente restrictivas de la competencia entre los participantes del acuerdo.<sup>136</sup>

En cuanto a los acuerdos entre competidores para comercializar conjuntamente sus productos, los tribunales estadounidenses han negado su encuadramiento como prohibiciones per se y se han inclinado por considerar en cada caso sus potenciales efectos pro y anticompetitivos, teniendo en cuenta en tal sentido los menores costos y precios que puedan resultar de tales acuerdos.<sup>137</sup>

Respecto de la colaboración entre competidores, en materia de producción, si la colaboración estriba simplemente en determinar directa o indirectamente los montos producidos, se aplicarán las reglas en materia de prácticas relativas a precios que, establecen prohibiciones per se contra tales prácticas.<sup>138</sup>

Una faceta de las prácticas concertadas aquí analizadas, que ha recibido un tratamiento generalmente favorable de la jurisprudencia estadounidense, es la relativa a acuerdos destinados a la investigación y desarrollo técnico conjuntos<sup>139</sup>. Se argumenta

---

<sup>134</sup> A través de la combinación de activos, tecnología o know how complementarios, una colaboración de R&D puede permitirle a los partícipes investigar más rápida y eficientemente y desarrollar nuevos o mejorados bienes, servicios o procesos productivos.

<sup>135</sup> Aspectos de temáticas sobre competencia que involucran los acuerdos de R&D son gobernados por las provisiones de NCRPA, 15 U.S.C. §§ 4301-02.

<sup>136</sup> Northwest Wholesale Stationers Inc v. Pacific Stationery & Printing Co. 472, US 284, (1985).

<sup>137</sup> Broadcast Music, Inc. V. CBS, 441, U.S.1 (1979).

<sup>138</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Op. Cit. 431.

<sup>139</sup> Las particularidades de la evaluación de acuerdos de investigación y desarrollo conjuntos han llevado a la sanción, en los Estados Unidos, de una Ley especialmente dirigida al tratamiento de estos acuerdos: La National Cooperative Research Act de 1984 (15 U.S.C.). Dicha ley establece que los acuerdos de investigación conjunta serán evaluados bajo la regla de la razón y que en caso de que un acuerdo de este tipo sea notificado al Departamento de Justicia, los daños que pudieren resultar de tal acuerdo, en caso de ser ilícito no serán triplicados.

que tales prácticas presentan numerosos aspectos beneficiosos<sup>140</sup>. Las particularidades de la evaluación de acuerdos de investigación y desarrollo conjuntos han llevado a la sanción, en los Estados Unidos, de una Ley especialmente dirigida al tratamiento de estos acuerdos: La National Cooperative Research Act de 1984 (15 U.S.C.). Dicha ley establece que los acuerdos de investigación conjunta serán evaluados bajo la regla de la razón y que en caso de que un acuerdo de este tipo sea notificado al Departamento de Justicia, los daños que pudieren resultar de tal acuerdo, en caso de ser ilícito no serán triplicados.

En lo que respecta a antecedentes jurisprudenciales, el caso fundamental resuelto por la jurisprudencia estadounidense en esta materia es UNITED STATES V. PENN-OLIN CHEMICAL COMPANY<sup>141</sup>. En dicho precedente la Corte Suprema estadounidense consideró que el artículo 7 de la Ley Clayton, generalmente aplicable a las fusiones, lo era también a las empresas conjuntas y que, en consecuencia, debía determinarse la validez de éstas a la luz de sus posibles efectos anticompetitivos.

Los posibles efectos anticompetitivos se basaban en la presunción de que las empresas participantes en la nueva firma no competirían con ésta en el correspondiente mercado. No obstante la similitud del análisis aplicable a las fusiones y a las empresas conjuntas, el tribunal interviniente observó que en estas últimas existía la creación de una nueva fuerza competitiva en el correspondiente sector, que debía ser evaluada frente a la obstaculización del ingreso independiente de las empresas participantes, que se imputaba a la asociación.

Por otra parte, la Corte Suprema indicó que para determinar los posibles efectos anticompetitivos de la inversión conjunta no debía solamente establecerse en qué medida era posible que las firmas que de ella formaban parte ingresaran aisladamente en el mercado considerado, sino también el grado en que su carácter de competidores potenciales, el cual incidía sobre el comportamiento de las firmas instaladas, resultaba

---

<sup>140</sup> Particularmente por permitir programas que, por su costo y naturaleza, estarían fuera del alcance de las empresas participantes, incrementándose así el avance técnico en los sectores involucrados. Se evitan, asimismo, gastos innecesarios provocados por la duplicación de similares actividades de investigación y desarrollo y se posibilita una mayor difusión de los inventos y conocimientos técnicos resultantes

<sup>141</sup> Se trataba allí de la formación de una empresa dedicada a la producción y venta de clorato de sodio en la región sudeste de Estados Unidos, inversión en la que participan dos firmas de sustancial importancia en la industria química: una de ellas producía clorato de sodio en otra región de Estados Unidos, y la otra, si bien no fabricaba esa sustancia, contaba con una importante tecnología para su producción U.S. 158,84 S.Ct.1710, 12 L Ed. 2d.775 (1964).

afectado por la participación en la inversión común. Cabe observar que sobre la base de los principios expuestos por la Corte Suprema para la evaluación de los emprendimientos conjuntos frente a la legislación antimonopólica se decidió, en definitiva, que la formación de la firma PENN-OLIN era válida, dado que las empresas en ella participantes no hubieran ingresado en el correspondiente mercado en forma independiente.

### **3.2. Regulación de acuerdos de cooperación en Unión Europea.**

Las principales disposiciones de la Ley de competencia europea están previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea y en Reglamento de concentraciones. Los artículos 101 y 102 del Tratado son de “aplicación directa”, lo que implica que son parte de la legislación de cada Estado Miembro y de aplicación directa por los tribunales nacionales.

Como disposiciones de aplicación directa, la Comisión Europea (CE) es la que debe asegurar el cumplimiento de los artículos 101 y 102, o más específicamente, la Dirección General de Competencia, que actúa siguiendo las órdenes del comisionado europeo responsable de la legislación de competencia en el ámbito de la Comunidad y las autoridades nacionales de competencia en el ámbito de los Estados miembros.

Hasta el año 2002 las empresas debían notificar a la Comisión Europea de su acuerdo, que podía de forma implícita o explícitamente exonerarlos si se cumplía con las condiciones que señala el artículo 101 (3). La Comisión no tenía suficientes recursos y personal para revisar cada notificación en profundidad. Más del 90% de los casos se cerraron de manera informal a través de las llamadas “cartas administrativas”.<sup>142</sup>

La reciente reforma al Reglamento 17 de 1962 <sup>143</sup> modificó la aplicación del artículo 101 e introdujo un “sistema de excepción directamente aplicable” En primer lugar, el sistema de autorizaciones y las notificaciones se suprimieron, pasando a un sistema de Control ex post. En segundo lugar, la Comisión Europea ha renunciado a parte

---

<sup>142</sup> Véase la publicación de European Commission (2000:25), citado en MOTTA, M., Política de competencia. Teoría y práctica, Op. Cit.

<sup>143</sup> REGLAMENTO (CE) No 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

de su “poder de monopolio” sobre el artículo 101 (3), ya que las autoridades nacionales y los jueces también podrían otorgar exenciones<sup>144</sup>.

La intención de la CE al implementar este nuevo sistema, es que el mismo conducirá a una aplicación más eficiente del artículo 101, permitiéndole enfocarse en los acuerdos más importantes en lugar de tener que revisar cientos de acuerdos menores.<sup>145</sup>

En relación a la eficiencia de dicho cambio de sistema, LOSS et.al demuestran que el monitoreo o control ex post resultaría un sistema de auditoría óptimo cuando la probabilidad de error de la autoridad de competencia es bajo. Por el contrario, el régimen de notificaciones sería recomendable cuando la probabilidad de error por parte de la autoridad de competencia es alta. También señalan que las “excepciones en bloque” y “listas negras” (régimenes de ilegalidad per se) deberían ser implementados cuando el impacto de estos acuerdos en materia de bienestar es muy alto y muy bajo, respectivamente.<sup>146</sup>

Los autores mencionados subrayan que una mejora en la calidad del monitoreo- o alternativamente en la disponibilidad de recursos disponibles o en la “oportunidad” de la intervención ex post- podría justificar un cambio pasando de un control ex ante a un control ex post. Cuando la información recibida durante la investigación es suficientemente precisa, el monitoreo ex post combinado con multas apropiadas permitiría a la autoridad de competencia detener parcialmente los acuerdos dañinos.<sup>147</sup>

Resaltan que luego de 40 años de ejecución, la Comisión Europea habría adquirido un mejor entendimiento de la organización del mercado y de los mecanismos de competencia. Ello, combinado con una mayor disponibilidad de recursos y una puntual intervención, conduciría a un cambio hacia un control ex post, el cual no sería óptimo frente a una autoridad inexperimentada con limitados recursos.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Para un análisis económico de estos cambios, véase Bergés et al (2002), quienes se enfocan más en las implicaciones del régimen de control ex post que en las del ex ante.

<sup>145</sup> MOTTA, M. (2018), *Política de competencia- Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, COFECE, UNAM, CIDE, p.62.

<sup>146</sup> LOSS F., MALAVOLTI, E., THIBAUD VERGÉ & BERGÉS- SENNOU F. (2007), *European competition policy modernization: from notifications to legal exception*, Op.Cit.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Asumiendo que la Comisión Europea ha devenido en más eficiente, ahora o requiere menos recursos para analizar un caso particular o al menos tiene la habilidad para intervenir más tempranamente al tratar

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Texto pertinente a efectos del EEE) (2011/C 11/01) sientan los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas relativos a la cooperación horizontal.<sup>149</sup>

El objeto de dichos lineamientos es ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales<sup>150</sup>; abarcan los acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información.

Este marco se basa fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto. Las mencionadas Directrices tienen por finalidad que las empresas puedan evaluar la compatibilidad de todo acuerdo de cooperación con el artículo 101, no constituyendo una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente. Cada caso debe evaluarse en función de sus propios hechos que pueden requerir una aplicación flexible de dichos lineamientos.

Conforme a la jurisprudencia desarrollada bajo los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (hoy artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea), las empresas conjuntas pueden resultar ilícitas tanto en virtud de configurar una conducta anticompetitiva comprendida en el primero de esos artículos, como de constituir un abuso de posición dominante, prohibido por la segunda de las citadas disposiciones.<sup>151</sup>

---

un caso bajo el régimen de control ex post. Por consiguiente, resulta óptimo cambiar de un régimen de control ex ante.

<sup>149</sup> Una cooperación tiene «naturaleza horizontal» cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales.

<sup>150</sup> Las presentes Directrices se aplican a los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del nivel de integración que impliquen, con excepción de las operaciones que constituyan una concentración a tenor del artículo 3 del Reglamento(CE) n o 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

<sup>151</sup> LINSSEN, G. “*Joint subsidiaries. The SHV- Chevron case*” en *Common Market Law Review* (1976), t.13 pa.105; LRITTER & C. OVERBURY “*An attempt at a practical approach to joint ventures under the EEC rules of competition*”, *Common Market Law Review* (1977), t.14 p.601.

Si las empresas participantes destinan la totalidad de sus activos a la inversión conjunta, pasando a ser meras sociedades controlantes de ésta, pierden su independencia, resultando, por lo tanto, inaplicable, el artículo 101 del Tratado de Comunidad Europea, el cual requeriría, conforme a dicho organismo, de una pluralidad de partes que mantengan su existencia económica separada. Si, por el contrario la empresa conjunta supone únicamente la utilización de una parte de los activos de las empresas participantes, resulta en principio sujeta a las normas incluidas en el citado artículo 101.<sup>152</sup>

El análisis acerca de si un acuerdo de cooperación restringe la competencia se debe realizar, de acuerdo con la Comunicación 11/01, bajo lo preceptuado por el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea ( TFUE) el cual establece la prohibición de acuerdos anticompetitivos de la siguiente manera:

*“La evaluación con arreglo al art.101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar el comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del art.101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del art. 101 apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el art.101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho”.*<sup>153</sup>

Siguiendo lo establecido en la Comunicación 11/01 el análisis de los acuerdos de cooperación tiene dos etapas, un estudio preliminar para determinar si hay o no una restricción indebida de la competencia y una subsiguiente de análisis de eficiencias si de la primera resulta que de hecho hay una restricción por objeto o como efecto.

La primera fase, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un

---

<sup>152</sup> Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas: Cuarto informe sobre política de competencia &40.

<sup>153</sup> Comunicación 11/01 párrafo 20.

objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales <sup>154</sup> restrictivos de la competencia. Para determinar si estos efectos existen o pueden razonablemente existir como consecuencia del acuerdo de cooperación, se debe considerar la naturaleza y contenido del acuerdo, así como si este otorga un poder de mercado a las partes del mismo.<sup>155</sup>

Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis.<sup>156</sup>

La Comisión Europea evalúa la participación de mercado que tengan las firmas participantes en la empresa. Si esa participación de mercado es inferior al 10% sumando a los distintos participantes, la formación de la empresa conjunta será generalmente aprobada. Si se excede ese porcentaje, ello no implica la automática denegación de la aprobación, pero sí la necesidad de un examen más detallado de los efectos sobre el mercado relevante, particularmente en cuanto a la situación de los restantes competidores<sup>157</sup>.

En función de la posición de las partes en un mercado y del índice de concentración de este, será necesario tener en cuenta también otros factores como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada, la probabilidad de que se produzcan otras entradas en el mercado y el poder de negociación de los compradores/proveedores.

Por lo general, cuando la entrada en un mercado sea bastante fácil, la autoridad de aplicación europea entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia. Para considerar que la entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de un acuerdo, hay que demostrar que es probable,

---

<sup>154</sup> El artículo 101, apartado 1, prohíbe tanto los efectos contrarios a la competencia reales como los potenciales; véase, por ejemplo, el asunto C-7/95 P, John Deere, Rec. 1998, p. I-3111, considerando 77, y el asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Rec. 2006, p. I-11125, considerando 50.

<sup>155</sup> Comunicación 11/01, párrafo 32-47.

<sup>156</sup> Dada la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.

<sup>157</sup> Enichem/ICI, en Diario Oficial, 1988, L 50/18.

oportuna y suficiente para disuadir o impedir cualquier efecto restrictivo potencial del acuerdo de cooperación horizontal.

El artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe.

Cuando un acuerdo de cooperación horizontal no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales.

Un acuerdo horizontal puede disminuir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que las empresas coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio, pero puede también hacer la coordinación más fácil, más estable o más efectiva para las partes que ya se coordinaban antes, reforzando la coordinación o permitiéndoles alcanzar precios aún más elevados.

Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros.

Si se determina que no hay efectos negativos contrarios a lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, del TFUE, el acuerdo es lícito. De lo contrario, se debe proceder a la segunda etapa del análisis, de acuerdo con lo previsto por el art.101, apartado 3, del TFUE. Este artículo establece una excepción a los acuerdos prohibidos, en el sentido en el que escapan al artículo 101, apartado 1, aquellos acuerdos que cumplan ciertas condiciones.

La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:

Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir, deben generar mejoras de eficiencia; las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia; debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo. Por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo y el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho.

Con el fin de aprobar la formación del acuerdo, los organismos europeos pueden imponer ciertas obligaciones y restricciones sobre tal empresa y sobre la firma en ella participante. Así, pueden establecerse restricciones en cuanto a las relaciones de tal empresa con sus controlantes conjuntos o pueden establecerse obligaciones destinadas a preservar la viabilidad y relativa independencia de la empresa conjunta, por ejemplo, en materia de disponibilidad de tecnología.<sup>158</sup>

En los casos en que una inversión conjunta resulta incluida en el art.101 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, la Comisión de las Comunidades Europeas ha aplicado en repetidas oportunidades el inciso 3) del mencionado artículo, con el fin de convalidar esa forma de asociación en virtud de sus efectos positivos sobre el progreso técnico y económico.

---

<sup>158</sup> LRITTER & C. OVERBURY (1977) “*An attempt at a practical approach to joint ventures under the EEC rules of competition*”, Op. Cit, p.417.

Así, en el caso VACUUM INTERRUPTERS<sup>159</sup> una empresa conjunta entre dos firmas dedicadas a la fabricación de equipos eléctricos pesados, dirigida a producir un nuevo tipo de interruptores, fue considerada, en principio, como anticompetitiva frente el inciso 1 del artículo 85, antes citado, dado que implicaba que respecto de ese tipo de equipos, las firmas participantes no competirían entre sí.<sup>160</sup> No obstante, la cooperación empresarial mencionada fue aprobada, como favorable a los propósitos contemplados en el inciso 3) del mencionado artículo 85, pues la Comisión de las Comunidades Europeas consideró que las firmas participantes no hubieran podido desarrollar sus interruptores especiales en forma separada, debido a las dificultades técnicas y a los costos involucrados.

Otro caso relevante para señalar es el CASO DE LAVAL –STORK<sup>161</sup>, en el cual la inversión conjunta tenía lugar entre una empresa holandesa que suministraba parte de sus instalaciones y una firma estadounidense que contribuía con conocimiento técnicos, con el fin de producir turbinos y compresores de gran capacidad. Esta forma de asociación fue considerada anticompetitiva, por limitar el número de oferentes respecto de tales equipos. Sin embargo, se la calificó como lícita, ante el criterio de justificación previsto en el inciso 3) del artículo 85 del Tratado de Roma, debido a que permitía un mayor flujo de conocimientos al Mercado Común Europeo y evitaba la duplicación antieconómica de capacidad instalada.

Resulta interesante observar que la autorización concedida en el caso LAVAL STORK estaba subordinada a diversas condiciones impuestas a las firmas participantes en la empresa conjunta, particularmente en relación con la duración de las licencias otorgadas a favor de la subsidiaria formada por las firmas participantes, y con la limitación de su carácter exclusivo en ciertos supuestos, con el fin de permitir la utilización de la tecnología transferida cuando la subsidiaria no pudiese atender los pedidos que se le formulaban. Otros dos casos de inversiones conjuntas aprobadas

---

<sup>159</sup> Diario Oficial, 1977, L 48/32.

<sup>160</sup> Las firmas participantes fueron calificadas como competidores potenciales, respecto de los productos que quedaban a cargo de la subsidiaria conjunta.

<sup>161</sup> Diario Oficial, 1977, L 215/11.

conforme a los criterios previstos en el inciso 3) precedentemente citado se relacionaban con empresas formadas con el fin de actuar en el sector nuclear<sup>162</sup>.

Una acción conjunta dirigida a la fabricación de productos de penicilina, por el contrario, fue considerada contraria al artículo 85 del Tratado de Roma y no susceptible de justificación bajo el inciso 3) de dicho artículo<sup>163</sup>. La Comisión estableció que la cooperación en materia de productos relativamente básicos llevaría también a la cooperación respecto de los artículos fabricados en base a aquéllos y en relación con los productos finales, sectores en los que las empresas participantes de la inversión conjunta contaban con un sustancial poder de mercado.

### **3.2.1. Exenciones por categorías. Evaluación especial para tipos de cooperación más comunes (investigación y desarrollo, comercialización o compras conjuntas)**

En el ámbito de los acuerdos de cooperación horizontal existen reglamentos de exención por categorías basados en el artículo 101, apartado 3, relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo<sup>164</sup> y a los de especialización<sup>165</sup> (incluida la producción conjunta). Estos Reglamentos de exención por categorías parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales. Por consiguiente, de cumplimentarse las condiciones exigidas reglamentariamente para calificar en determinada categoría de exención, el acuerdo será automáticamente aprobado, sin mayores indagaciones por parte de la autoridad de competencia.

El Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de Investigación y desarrollo (I+D) basa la exención de esos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia respecto de los productos susceptibles de ser mejorados,

---

<sup>162</sup> Los casos KEWA, en Diario Oficial, 1976, L 51/15, Y GEX/ Weir Sodium Circulators, Diario Oficial 1977, L 32/26. La existencia de ventajas tecnológicas de importancia que se derivarían de dicha asociación, ha sido uno de los principales elementos tenidos en cuenta por la Comisión de las Comunidades Europeas en esta materia.

<sup>163</sup> Caso Bayer/Gist-Brocades, en Diario Oficial 1976 L30/13

<sup>164</sup> REGLAMENTO (UE) No 1217/2010 DE LA COMISIÓN de 14 de diciembre de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

<sup>165</sup> Reglamento (UE) n ° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

sustituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato». Para entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado<sup>166</sup> no puede exceder del 25 %.<sup>167</sup> Los acuerdos también pueden quedar fuera de este Reglamento de exención independientemente del poder del mercado de las partes. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que restringen indebidamente el acceso de una parte a los resultados de la cooperación en I+D.

En relación a los acuerdos de especialización unilaterales o recíprocos y los acuerdos de producción conjunta que incluyan algunas funciones de comercialización integradas tales como la distribución conjunta, están amparados por el Reglamento de exención por categorías si se concluyen entre partes cuya cuota de mercado conjunta no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del Reglamento de exención.

El Reglamento 2790/1999<sup>168</sup> introduce una exención por categorías al artículo 101 (1) sobre restricciones verticales, exención que se encuentra sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones: i) un criterio de cuota de mercado y ii) una “lista negra” de

---

<sup>166</sup> Si la I+D se propone sustituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto de los productos existentes. Para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías.

<sup>167</sup> Si la I+D se propone crear un producto que suscite una demanda completamente nueva, no pueden calcularse las cuotas de mercado en función de las ventas. Solo es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en la innovación. Por lo tanto, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D trata estos acuerdos como si fueran acuerdos entre no competidores y los exime con independencia de la cuota de mercado mientras dure la investigación y el desarrollo conjuntos y durante un periodo adicional de siete años a partir de la primera comercialización del producto. Transcurrido el periodo de siete años, pueden calcularse las cuotas de mercado en función del valor de las ventas y se aplica el umbral de cuota de mercado del 25 %.

<sup>168</sup> Reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas publicado en el DO L 336 el 29 de diciembre de 1999.

cláusulas que no están exentas<sup>169</sup>. La exención por categorías se limita a los acuerdos verticales en los que la cuota de mercado del proveedor es inferior al 30%<sup>170</sup>.

Sin embargo, hay algunos tipos de restricciones que la comisión considera tan dañinas que la exención por categorías no se aplica a ellas, incluso si no se alcanza el umbral de cuota de mercado de 30%. Estas prácticas, llamadas “nocivas”, se refieren principalmente al mantenimiento de precios de reventa<sup>171</sup> y algunos tipos de restricciones territoriales que podrían desembocar en el reparto del mercado por territorio o por cliente y se justifican más por el deseo de promover precios idénticos y condiciones de venta en la UE que por una lógica económica.<sup>172</sup>

La Comunicación 11/01<sup>173</sup> desarrolla el análisis de algunos de los tipos de acuerdos de cooperación más comunes (por ejemplo, Investigación & desarrollo; comercialización o compras conjuntas). Las mismas constituyen un complemento del «Reglamento de exención de los acuerdos de I+D») y del «Reglamento de exención de los acuerdos de especialización».

La guía señala que la mayoría de los acuerdos de I+D no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Este es el caso de muchos acuerdos de cooperación en I+D en una fase más bien inicial, muy distante de la explotación de sus posibles resultados. Las directrices subrayan que la cooperación en I+D que no incluye la explotación conjunta de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción y/o la comercialización, no suele producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

En lo que refiere a los acuerdos de producción, las Directrices mencionadas se aplican a todas las formas de acuerdos de producción conjunta y a los acuerdos horizontales de subcontratación.

---

<sup>169</sup> Aprobado el 22 de diciembre de 1999, este reglamento sustituye a tres antiguos reglamentos de exenciones por categoría sobre distribución exclusiva, compra exclusiva y acuerdos de franquicia.

<sup>170</sup> En el caso de acuerdos que contengan una obligación de suministro exclusivo, es la cuota de mercado del comprador, la que no podrá exceder del 30% para que la exención por categoría se mantenga.

<sup>171</sup> Cláusulas que fijan, directa o indirectamente, los precios de reventa.

<sup>172</sup> MOTTA, M (2018), *Política de competencia. Teoría y práctica*, Op. Cit.

<sup>173</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Texto pertinente a efectos del EEE) 2011/C 11/01.

La probabilidad de que los problemas de competencia que pueden plantear los acuerdos de producción lleguen a materializarse en un caso determinado depende de las características del mercado<sup>174</sup> en que se aplica el acuerdo, de la naturaleza de la cooperación<sup>175</sup> y de su cobertura del mercado, así como del producto afectado. Un resultado colusorio puede ser fruto, en particular pero no únicamente, de unos costes comunes<sup>176</sup> o de un intercambio de información propiciado por el acuerdo de producción.<sup>177</sup>

Los acuerdos de producción pueden ser beneficiosos para la competencia si procuran mejoras de eficiencia en forma de ahorro de costes o de mejores tecnologías de producción. Mediante la producción conjunta, las empresas pueden ahorrar costes que de lo contrario deberían soportar dos veces.<sup>178</sup>

Por último, en el caso puntual de los acuerdos de comercialización, los mismos implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras.<sup>179</sup> Los acuerdos de comercialización

---

<sup>174</sup> Un acuerdo de producción puede dar lugar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia si aumenta el poder del mercado de las empresas o sus costes comunes y/o si conlleva el intercambio de información comercial confidencial.

<sup>175</sup> Los acuerdos de producción que también implican funciones de comercialización, tales como la distribución y/o mercadotecnia conjunta, entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los meros acuerdos de producción conjunta.

<sup>176</sup> Es probable que un acuerdo de producción entre partes que tengan poder de mercado produzca efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus costes comunes (es decir, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común) a un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio. Los costes pertinentes son los costes variables del producto con el que compiten las partes del acuerdo de producción. Otra situación en la que los costes comunes pueden llevar a un resultado colusorio se presenta cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente. Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente.

<sup>177</sup> En el contexto de un acuerdo de producción es menos probable que el intercambio de datos que no son necesarios para la producción conjunta, por ejemplo el intercambio de información sobre precios y ventas, cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

<sup>178</sup> La producción conjunta también puede ayudar a que las empresas mejoren la calidad del producto si aúnan sus capacitaciones y conocimientos técnicos complementarios. La cooperación puede además hacer posible que las empresas aumenten su gama de productos de una manera tal que no habrían podido permitirse o lograr si aquella no hubiera existido

<sup>179</sup> Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar la limitación de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá

entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado.

En relación a los tres tipos de acuerdos antes desarrollados, de investigación y desarrollos, de compra conjunta y de comercialización, los lineamientos exigen a todos ellos determinadas condiciones para que puedan ser autorizados. En la evaluación con arreglo al art.101 apartado 3, es fundamental que las mejoras de eficiencia resulten indispensables para alcanzar los objetivos fijados en el acuerdo.<sup>180</sup>

Asimismo, las mejoras de eficiencia deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el arreglo de compra conjunta. Por lo tanto, los ahorros de costos u otras eficiencias que solo beneficien a las partes no bastarán para cumplir con los criterios del artículo 101, apartado 3.<sup>181</sup>

Por último, los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta evaluación ha de abarcar los mercados de compra y de venta.

### **3.3. Los “Joint ventures” o contratos de colaboración empresaria bajo la legislación argentina.**

Si bien con anterioridad a la sanción de la ley 22.262 la Argentina ya contaba con normas tendientes a defender la competencia en los mercados y a reprimir el monopolio<sup>182</sup> fue recién con la sanción de esta última, en agosto de 1980, que se incorporó una legislación tendiente a sancionar conductas que puedan afectar, limitar, restringir o

---

en el mercado, restringiendo así la oferta. En tercer lugar, los acuerdos de comercialización pueden convertirse en un medio para que las partes dividan los mercados o se repartan los pedidos o los clientes. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información estratégica relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes –en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios– lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

<sup>180</sup>En determinados casos, la obligación de comprar exclusivamente en el marco de la cooperación puede ser indispensable para llegar al volumen necesario para conseguir las economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

<sup>181</sup> Cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes en el mercado de la venta, menor es la probabilidad de que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

<sup>182</sup> Específicamente la ley 11.210 de 1923 y su sucesora la ley 12.906 de 1947.

distorsionar la competencia en el mercado. La promulgación de dicha ley en la década de los ochenta fue el puntapié inicial de la defensa de la competencia en la Argentina.<sup>183</sup>

Con el dictado de esta ley, se incorpora la noción de posición dominante y se destaca la inclusión del concepto de “interés económico general”, aún vigentes en el ordenamiento actual con algunas variaciones. De aquí la enorme relevancia de esta legislación, ya que la misma impuso el sistema de la “regla de la razón”, determinando que las conductas anticompetitivas no serán consideradas ilegales per se, sino sólo si las mismas poseen la potencialidad de afectar el interés económico general.

Este concepto de la regla de la razón se ha mantenido en el tiempo con distintas interpretaciones, sin embargo el mismo representa un estándar ambiguo y de difícil definición. No cualquier conducta anticompetitiva se encuentra prohibida, sino solo aquellas que tengan la capacidad de afectar el interés económico general, a saber, aquellas que tengan la entidad para afectar a un grupo importante de consumidores en un mercado determinado.<sup>184</sup>

En nuestro país con la sanción de la Ley 25.156 la actividad de la autoridad de aplicación quedó dividida, fundamentalmente, en dos tipos de casos: los relativos a las violaciones de su art.1- las llamadas “conductas” y los relativos a “concentraciones”.

Conforme ya fuera desarrollado en el capítulo 4 del presente trabajo, la ley 25.156 estableció un régimen especial de control previo de las concentraciones, en forma previa a su concreción o dentro de un plazo breve acordada ésta. A los fines de llevar a cabo el control previo de las concentraciones, la L.D.C establece un sistema de notificación obligatoria de esos actos.

En lo que respecta puntualmente a los acuerdos de colaboración empresarial, la ley 27.442 (L.D.C) no incluye un tratamiento explícito para los mismos. Algunos de ellos constituirán concentraciones económicas, pudiendo entonces estar sujetos a la obligación de notificación prevista en el artículo 9 de la L.D.C. si se dan los extremos allí previstos y otras no tendrán tal carácter.

---

<sup>183</sup> DEL PINO, M., *La protección de la competencia en Argentina. Próximos desafíos de cara al futuro*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, editorial de Thomson Reuters La Ley, 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p.27.

<sup>184</sup> *Ibid.*

### 3.3.1. La nueva ley 27.442 y la inclusión de “prohibiciones per se” (Art.2 L.D.C).

La nueva ley 27.442 sancionada en 2018 mantiene la estructura básica de sus predecesoras, tanto en lo que hace a los conceptos y mecanismos jurídicos que utiliza, como en lo relativo a las principales figuras y procedimientos a los que recurre. Los cambios que introduce se dirigen a cuestiones instrumentales y a aspectos del detalle de funcionamiento de la L.D.C.<sup>185</sup>

La nueva L.D.C mantiene el perfil de tipos punibles ya delineado en la ley 22.262. Básicamente, existen dos tipos de conductas punibles: la restricción de la competencia y el abuso de posición dominante (los arts. 5 y 6 de la L.D.C). El art.3 de la misma prevé diversos casos especiales de figuras comprendidas en esos tipos básicos, pero su contenido tiene funciones meramente ilustrativas. Si una conducta está incluida en el art.1 de la L.D.C, pero no en el art.3, es ilícita, mientras que si está incluida en alguna de las figuras enumeradas en el art.3, pero no está prohibida por el art.1, no es ilícita. Sólo el art.1 determina la licitud o ilicitud de una conducta bajo los tipos básicos de la L.D.C.

En lo que respecta a la materia que nos ocupa, resulta interesante analizar la reforma al Art. 2, ya que enumera una serie de conductas que suelen incluirse en acuerdos de cooperación entre empresas y para las cuales la norma dispone una nulidad de pleno derecho. La doctrina no es conteste respecto de la interpretación de dicho artículo.

MIGUEL DEL PINO, al analizar las conductas incluidas en el art. 2, señala que la ley 27.442 modificó en forma parcial el umbral de perjuicio al interés económico general, ya que para algunas conductas colusorias, los cárteles de núcleo duro, ya no sería necesario demostrar un perjuicio al interés económico general, pudiendo la autoridad sancionarlos de manera directa, sin aplicar el principio de la regla de la razón y demostrando simplemente su existencia.<sup>186</sup>

Dichas conductas son las conocidas por la doctrina internacional como “hard core cartels” (cárteles de núcleo duro). Incluyendo prácticas como fijación de precios, limitación de productos o servicios, repartición de mercados y acuerdos de coordinación

---

<sup>185</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit., pag.7.

<sup>186</sup> DEL PINO, M. (2018) *La protección de la competencia en Argentina. Próximos desafíos de cara al futuro*, Op.cit. p.27.

de licitaciones. Según determina la ley, estos acuerdos se considerarán nulos de pleno derecho, y por lo tanto, “no producirán efecto jurídico alguno”.

Estas conductas buscan reflejar a las llamadas “prohibiciones per se” del derecho estadounidense<sup>187</sup>, que en este contexto son conductas cuyo carácter ilícito no exigiría de una evaluación exhaustiva de sus efectos sobre la competencia y el mercado, siendo suficiente identificar y probar los extremos más sencillos- como ser la existencia de un acuerdo de precios entre competidores- para que se tenga por configurada la infracción contra el régimen de defensa de la competencia.<sup>188</sup>

PADILLA y ZUCCON sostienen, interpretando las modificaciones introducidas a la normativa de competencia en el año 2018, que la ley 27.442 constituye un instrumento que lo que busca es reducir los incentivos económicos a realizar conductas de cartelización. Por un lado, incrementa la posibilidad de que los carteles sean detectados y sancionados, al adoptar la presunción de ilegalidad para el caso de conductas de cartelización e introducir el programa de clemencia. Por otro lado, enfatiza la gravedad de la conducta, al definirla como una práctica “absolutamente restrictiva de la competencia”.<sup>189</sup>

Los mencionados autores señalan que la nueva ley tiene entre sus objetivos aumentar el costo esperado de la cartelización<sup>190</sup>, reduciendo entonces los incentivos económicos a realizar estas conductas tan lesivas para los intereses de los consumidores y la eficiencia en los mercados. Para ello, la ley actúa sobre los dos parámetros que determinan el costo esperado de incurrir en prácticas de este tipo. Por un lado, introduce cambios que implican un aumento de la probabilidad de que los cárteles sean detectados.

---

<sup>187</sup> SULLIVAN, L.A.- GRIMES W. S.-SAGERS, C.L, *The law of antitrust*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2016, ps.218 y ss.

<sup>188</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit. p.7.

<sup>189</sup> PADILLA J & ZUCCON, S. (2018) , *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia desde un punto de vista económico*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.45-58.

<sup>190</sup> El costo esperado está determinado por el producto entre la probabilidad de detección del cartel por parte de las autoridades y la eventual sanción que sería impuesta a los infractores.

Por otro lado, incorpora modificaciones que hacen que las penalizaciones para los carteles detectados sean más rigurosas.<sup>191</sup>

El artículo 2º de la ley 25.156 otorgaba el mismo estatus a las conductas de concertación que a las de abuso de posición dominante. De esta forma, el estándar de prueba necesario para probar la existencia de cártel y sancionarlo era la “regla de la razón”. Esto es, el análisis de estas prácticas se realizaba en ausencia de presunción alguna, comparando sus posibles efectos pro competitivos y anticompetitivos.

PADILLA y ZUCCON subrayan que esta regla carece de sentido económico porque la probabilidad de que un cartel resulte pro competitivo o eficiente es prácticamente nula mientras que sus posibles efectos anticompetitivos son altamente probables y muy elevados. De ahí que el consenso económico es que los cárteles deben presumirse como anticompetitivos y prohibirse per se; esto sin mayor análisis de sus posibles efectos.<sup>192</sup>

Si bien la jurisprudencia existente muestra una tendencia clara a sancionar per se las prácticas horizontales concertadas suficientemente probadas, el nuevo art.2 de la Ley 27.442 confirma esta dirección al considerar a los cárteles “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”. Esta redefinición, impactaría sobre los incentivos a coludir, ya que aumenta la probabilidad de sanción.

En este sentido, bajo la ley 25.156 una vez probada la existencia de un cartel era necesario probar la existencia de efectos negativos derivados de su conducta. Esto no resulta necesario bajo el nuevo régimen, ya que, se incorpora la presunción de que los cárteles producen perjuicios al interés económico general.

Los autores sostienen que sería de esperar que la designación de los cárteles como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia (conductas de máxima gravedad) implique la imposición de las sanciones más severas permitidas por la ley ante este tipo de conductas”. El cambio mencionado, junto a un posible aumento de las acciones de

---

<sup>191</sup> PADILLA J & ZUCCON, S. (2018), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia desde un punto de vista económico*, Op.Cit.p.54.

<sup>192</sup> *Ibid.*

reparación por daños y perjuicios, aumenta sustancialmente el costo de la sanción para las personas involucradas en cárteles, desincentivando la generación de los mismos.<sup>193</sup>

La mayoría de las legislaciones consideran al cartel como una infracción per se, que debe ser siempre sancionada sin necesidad de tener que analizar la estructura de mercado o los costos y beneficios derivados del cartel para la comunidad<sup>194</sup>. Los “hard core cartels” han sido definidos por la OCDE como aquellos “*acuerdos anticompetitivos o prácticas concertadas anticompetitivas por los cuales se fijan precios, se acuerdan posturas en licitaciones, se establecen restricciones o cuotas a la producción, o se comparten o dividen mercados ya sea distribuyéndose clientes, proveedores, territorios o líneas de negocios*”.<sup>195</sup>

IRIZAR y BOIDI señalan que si bien el interés económico general sigue siendo el umbral para cualquier conducta anticompetitiva, el art.2 identifica cuatro tipos de acuerdos colusivos en los cuales el perjuicio al interés económico general se presume.<sup>196</sup> De acuerdo a los mencionados autores, en estos acuerdos entre dos o más competidores, la presunción es iuris tantum (es decir, admite prueba en contrario), serán nulos de pleno derecho y no producirán efecto jurídico alguno.

Destacan que, si bien esta clasificación de acuerdos colusivos per se es una novedad para nuestra legislación proveniente de los Estados Unidos (Hard Core cartels), las conductas que se definen ahora como per se no son novedosas. En efecto, las cuatro conductas colusivas mencionadas como per se ya existían en la normativa anterior y fueron sancionadas en varios de los casos más resonantes resueltos por la Comisión Nacional de Defensa de la competencia a lo largo de los años.<sup>197</sup>

Tiene dicho la CNDC que:

---

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> CERVIO, G. y ROPOLO, E. (2010). *Ley 25.156 Defensa de la competencia Comentada y Anotada*, Op.cit. p.134.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> IRIZAR, G. & BOIDI, C. (2018), *La persecución de cárteles en la República Argentina, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.167-180, disponible en: [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf) consultado el 14/05/2022.

<sup>197</sup> Ibid.

*“actualmente existen un sólido consenso en la legislación , la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional en cuanto a que el reparto concertado de mercados o de clientela y/o la fijación concertada de precios entre competidores, así como también la colusión entre oferentes en licitaciones, conforman un subconjunto de conductas restrictivas de la competencia que tienen como único efecto posible la distorsión de la asignación eficiente de recursos y el perjuicio del interés económico general, al traducirse en mayores precios y/o en restricciones de los volúmenes disponibles de los bienes y servicios en cuestión”.* <sup>198</sup>

De esta forma, bajo las leyes de defensa de la competencia anteriores, si bien no existían excepciones explícitas al requisito de analizar la totalidad de los elementos previstos en el art.1, en los hechos se presentaban diversas especies de conducta, de elementos y prueba más sencillos, cuya sola configuración era suficiente para tener por violado al citado art.1 o sus correlativos en otras leyes. El razonamiento de las resoluciones y fallos era que ciertos acuerdos restringían necesariamente, por su contenido, la competencia entre participantes y que esa restricción de la competencia, también necesariamente implicaba un perjuicio al interés económico general. <sup>199</sup>

El art.3 de la Ley 27442, que describe otras prácticas restrictivas de la competencia, también incluye acuerdos entre competidores, pero con el umbral de que deben causar perjuicio al interés económico general para ser sancionables. Mientras que la enumeración del art.2 es taxativa, la del art.3 es meramente ejemplificativa. <sup>200</sup>

En una postura distinta a los autores antes mencionados, parte de la doctrina pone en tela de juicio el carácter estricto de prohibición per se que dispone el artículo analizado. DEL PINO y DEL RIO sostienen que no está claro si estas conductas serán consideradas como ilegales per se o si todavía se valorará el contexto y el balance entre beneficios, eficiencias y restricciones a la competencia para que se determine si la conducta es o no anticompetitiva.

---

<sup>198</sup> CNDC, Mayol, Julio, C. c Shell Gas S.A. Expte. N° 064-004881/2001, Dictamen N° 529 del 2006/10/20, considerandos 183 a 186)

<sup>199</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit., p.10.

<sup>200</sup> IRIZAR, G. & BOIDI, C (2018), *La persecución de cárteles en la República Argentina*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit.

Sostienen que al mismo tiempo que la ley 27.442 dice que estos acuerdos son absolutamente restrictivos de la competencia, establece que hay una presunción de perjuicio al interés económico general. En este sentido, afirman que el decreto 480/2018 tampoco clarificó este aspecto de la nueva ley, por lo cual esto significaría que no se incorporó el concepto de ilícito per se en la ley argentina.<sup>201</sup>

TAPIA introduce una cuestión interesante, ya que el art. 29 de la ley incorpora la posibilidad de que la autoridad de aplicación expida permisos para la inclusión de las conductas enumeradas en el art.2 en convenios o acuerdos. En relación a ello, resalta que resulta llamativo el hecho que estas prácticas “absolutamente restrictivas” parecen no serlo de manera tan absoluta. Al respecto señala:

*“El Art.29 permite al Tribunal expedir, por resolución fundada y sujeto a los límites que le imponga un reglamento permisos para la realización de prácticas que en principio caen en la prohibición del art.2º, siempre que a su “sana discreción no constituyan perjuicio para el interés económico general”.*

Dicho autor destaca que esta norma parece tener su antecedente en el hoy art.101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite precisamente declarar inaplicable la prohibición de acuerdos o prácticas prohibidos, siempre que se cumplan ciertas condiciones.<sup>202</sup>

En consecuencia con lo expuesto, TAPIA concluye que, al igual que en Europa, bajo el nuevo régimen argentino, no es posible hablar de prohibiciones per se en materia de cárteles, sino en todo caso de una restricción “por objeto”<sup>203</sup> o absolutas (precisamente por la excepción legal). En cambio, en un sistema de reglas per se, como el chileno o el de los Estados Unidos, una restricción cae en una de las categorías de prácticas de negocios que “se ha probado” históricamente que son anticompetitivas, debe ser declarada por el juez de inmediato y siempre ilegal. Destaca que en materia de

---

<sup>201</sup> DEL PINO, M.- DEL RIO, S. (2018), “Nueva Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina” Disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-la-argentina-13187>, consultado el 21/05/22.

<sup>202</sup> TAPIA, J., *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde el derecho chileno*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit., p.708.

<sup>203</sup> Una exposición más simple y clara de la distinción se encuentra en ITALIANER A. Competition Agreements Under UE Competition Law, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, New York, 26/9/2013)

competencia la regla per se es una regla de administración: dado que los carteles con siempre dañinos para el consumidor, la regla le dice al juez “no analice los efectos de la conducta”.<sup>204</sup>

Por su parte, CABANELLAS<sup>205</sup> subraya que la ley 27.442 ha buscado sistematizar los casos de las llamadas infracciones per se, recogiendo la experiencia nacional y extranjera en la materia. Sin embargo, destaca, ha tropezado, con varios obstáculos propios de la delimitación de tales infracciones. En consonancia con lo expuesto por Tapia en relación al Art. 29 de la Ley, resalta:

*“...es de público conocimiento que en los Estados Unidos- origen del concepto de “infracciones per se”- estas están sujetas a excepciones; para la determinación de su aplicación se hace necesaria una investigación más profunda, que termina invalidando la supuesta simplicidad de estas infracciones. La propia LDC, en su art.29, reconoce expresamente esta flexibilidad de las prohibiciones per se.”*<sup>206</sup>

Sostiene que los efectos de que una conducta encuadre en una prohibición per se no son claros ni precisos.<sup>207</sup> Bajo la L.D.C, destaca que los efectos expresados en su art.2, imputables a las prácticas allí enumeradas, son o bien carentes de contenido práctico o jurídico- *la calificación como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”*- o bien propios de todos los actos restrictivos de la competencia la presunción de perjuicio al “interés económico general”.

En este sentido cuestiona si, como sucede con la enumeración del art.3 de la L.D.C, la función del art.2 no es otra que la de guiar a los destinatarios de la ley, en este caso respecto de la identidad de prácticas que carecerán generalmente de justificación y

---

<sup>204</sup> TAPIA, J., *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde el derecho chileno*, Op. Cit., p.709.

<sup>205</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit., pag.7.

<sup>206</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Op. Cit., p.11.

<sup>207</sup> *Ibíd.* En los Estados Unidos, se ha debatido si la calificación de una conducta como prohibida per se tiene implicaciones básicamente procesales- al crearse una presunción irrefutable de que se ha configurado una restricción a la competencia- o bien supone una modificación en el marco de las conductas ilícitas prohibidas por la legislación antitrust.

cuya ilicitud puede no requerir una investigación de los mercados relevantes y su comportamiento. El art.41 de la ley 22262 cumplía una función similar.<sup>208</sup>

IRIZAR y BOIDI observan que 54 de un total de 56 casos de cártel analizados por la Comisión desde 1980 a la fecha (los casos analizados datan desde el 1/01/1980 hasta el 01/7/2018) encuadraron en alguna de las conductas prohibidas por el artículo 2 de la L.D.C. Por consiguiente, destacan que, si bien la incorporación de dichas prácticas como per se es reciente, las mismas fueron estudiadas por la Comisión con anterioridad, e incluso identificadas en sus dictámenes como conductas anticompetitivas per se.<sup>209</sup>

### **3.3.2. Concesión de permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2º (Art. 29 L.D.C)**

Luego de la reforma sancionada en el año 2018, el art.29 de la L.D.C establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo que establezca la reglamentación, podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2º, que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general. Dicho artículo se encuentra reglamentado en el Decreto 480/2018, estableciéndose en dicha reglamentación que el Tribunal de defensa de la competencia deberá verificar el cumplimiento de determinadas condiciones respecto de los convenios que contemplen conductas incluidas en el artículo 2º de la mencionada Ley a los efectos de expedir la autorización.

De acuerdo con el Reglamento de la L.D.C, para poder emitir dicho “permiso” el Tribunal deberá verificar- respecto de los contratos o acuerdos- el cumplimiento de los requisitos que se detallan en los incisos a) a e) del art.29 del Reglamento ( dec.480/2018). Las condiciones a verificar por el Tribunal son las siguientes: a. Que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios; b. Que fomenten el progreso técnico o económico; c. Que generen beneficios concretos para los consumidores; d. Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos establecidos en los incisos a), b) y c); e. Que no ofrezcan a dichas

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*

<sup>209</sup> IRIZAR, G. y BOIDI, C, *La persecución de cárteles en la República Argentina, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia*, Op. Cit., p.172.

empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión (Art. 29 bis Decreto 480/2018)

El modelo del permiso proviene de la legislación de la Unión Europea en particular de la regulación Nro.17 del año 1962, que otorgó a la Comisión de la UE la facultad de otorgar permisos particulares a ciertos contratos que resultaban contrarios al art.101 (1) del TFEU, conforme fuera desarrollado en capítulos previos del presente trabajo. Este monopolio le permitió a la Comisión Europea desarrollar una política relativa a cierto tipo de contratos en el tiempo.<sup>210</sup>

No obstante, conforme fuera desarrollado en capítulos anteriores, este monopolio poseía desventajas y finalmente, la propia UE abandonó este sistema de permisos particulares, mediante la Resolución Nro.1/2003 y adoptó un nuevo sistema de “auto evaluación” a través del cual las partes y sus abogados deben evaluar si el contrato o convenio satisface los criterios establecidos en el art.101 (3). Esta “auto evaluación” es idéntica a los requisitos que establecen los incisos a) a e) del art.29 del Reglamento aplicable en nuestro país.

En relación a lo expuesto, IRIZAR y BOIDI resaltan que la posibilidad de concesión de dichos permisos conforme el Art.29 L.D.C constituye otra novedad de importancia en relación con estos cárteles per se que consagra el artículo 2 de la L.D.C. Se trata de una facultad que la ley otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia para que conceda permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que incluyan conductas de las contempladas en el art.2 antes mencionado, es decir, conductas colusivas per se. Dichos permisos deberán ser concedidos mediante una resolución fundada y siempre que- a la sana discreción del tribunal- no causen perjuicio al interés económico general.

IRIZAR y BOIDI destacan que si bien la introducción del permiso del art.29 es un avance importante, su implementación puede generar dudas y confusión. En relación a ello manifiestan:

*“...En primer lugar, por cuanto la redacción del art. 29 pareciera contradecir la del art. 2º. En efecto si, según el art. 2º, las conductas colusivas per se son prácticas restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico*

---

<sup>210</sup> Ibid.

*general, por lo que se las sanciona con la nulidad de pleno derecho; parece contradictorio que en la reglamentación del art. 29, se establezca como requisito para su aprobación “que generen beneficios concretos para los consumidores.”*

En su opinión, el art.29 tendría mayor sentido si se lo aplicase a la revisión de contratos que contengan conductas de las identificadas en el art.3 de la L.D.C. Es decir, casos de conductas anticompetitivas que pueden generar perjuicio al interés económico general, pero que no se presumen dañinas. Otra posible aplicación del art.29, de acuerdo a dichos autores, sería a los efectos de analizar los acuerdos que una Cámara o Asociación pretenda firmar con sus asociados que contenga cláusulas anticompetitivas.

IRIZAR y BOIDI sostiene que la notable similitud entre las condiciones enumeradas en el Art. 29 Bis y el Art. 101 (3) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea representa otro argumento a favor de la postura de que el art.29 debería aplicarse también a los casos de colusión que establece el art.3 de la misma ley y no sólo a los casos de colusión per se.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el proyecto de reforma a la Ley de defensa de la competencia recientemente sancionado por el Senado de la Nación en febrero del 2021, propone la eliminación del Art. 29 de la ley 27.442. No encontramos cuál sería la debida fundamentación a tal propuesta de sustracción del articulado vigente, lo cual consideramos que podría incrementar aún más la incertidumbre de los agentes económicos, ya que al mismo tiempo se mantiene la vigencia del Art. 2 L.D.C.

¿Qué actitud deberán tomar los empresarios que deseen constituir un contrato de colaboración empresarial que requiera la inclusión de cláusulas como las enumeradas en el Art.2? ¿Existiría alguna vía legal que permitiera a la autoridad de aplicación autorizar dicho convenio? ¿O simplemente esta eliminación del art.29 L.D.C confirmaría que la enumeración del Art.2 LDC constituye simplemente una presunción de perjuicio al interés económico general y no prohibiciones per se?

En el caso de sancionarse la mencionada reforma, entendemos que resultaría urgente la emisión de lineamientos o aclaraciones por parte de la autoridad de competencia respecto de la interpretación del art. 2 de la L.D.C a los efectos de incentivar la concreción de acuerdos que resultaran beneficiosos para el mercado. De no emitirse lineamientos que aporten claridad a los agentes económicos, la normativa actual podría desincentivar la firma de acuerdos eficientes y útiles para el desarrollo económico, debido

a que la necesaria inclusión de conductas como las enumeradas en el art. 2 en los contratos asociativos podría dejar expuesto al convenio a futuras declaraciones de nulidad por parte de la autoridad de competencia.

Finalmente, de aprobarse esta última reforma a la L.D.C, aquellos convenios que no califiquen como fusiones o concentraciones económicas, quedarían fuera de la órbita de la autoridad de aplicación, ya que no se establece ningún procedimiento de control previo de estos acuerdos al eliminar el art. 29. En consecuencia, muchos convenios de dudosa legitimidad desde la óptica antitrust podrían firmarse y entrar en vigencia lejos del conocimiento de la autoridad de aplicación, ya que nos encontramos ante una autoridad de escasa experiencia en el abordaje de la temática como así también con escasa información. Más aun teniendo en cuenta que la normativa del Código Civil y Comercial no exige notificación de ningún tipo por parte del Registro en la mayoría de los contratos asociativos.

## CONCLUSIÓN

Las relaciones de colaboración entre empresas resultan en la actualidad de enorme relevancia en la economía moderna, recibiendo cada vez mayor atención por parte de la doctrina en el análisis de sus dinámicas y efectos en los mercados. Dichos vínculos entre empresas en torno a intereses comunes permiten la optimización de resultados sin necesidad de acudir a figuras societarias.

En el derecho argentino la materia de colaboración empresarial será gobernada por el Derecho de los contratos o por el Derecho Societario según sea el ropaje que las partes adopten. En el presente trabajo nos centramos en el análisis de colaboración contractual.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) recoge en su seno los vínculos de colaboración asociativa trasvasando la regulación que existía en las leyes especiales. En lo que concierne específicamente a la defensa de la competencia, el CCC prevé exclusivamente para las agrupaciones de colaboración (AC) la exigencia al registro público de informar sobre el contrato al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia-

Al respecto se ha resaltado la opinión de quienes señalan la necesidad de unificar la reglamentación de este punto para todos los contratos asociativos típicos pues la posibilidad de afectar la competencia no es privativa de las Agrupaciones de colaboración, sino que puede derivarse de la celebración de una UT o bien de un consorcio. Como bien fuera desarrollado al analizar la regulación de cada uno de los contratos de colaboración en el CCC, se advierten enormes similitudes que dificultan diferenciar claramente una Agrupación de colaboración de un Consorcio de cooperación. Por consiguiente, observo que no contamos con fundamentos que nos permitan justificar la razón de ser de dicha regulación legal, lo que contribuye a una autoridad de aplicación menos informada y una aplicación ineficiente de la ley.

Los contratos de colaboración empresarial podrán ser analizados bajo los criterios aplicables en materia de fusiones y adquisiciones, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por la normativa vigente a tal fin que permita considerar a los mismos como una integración constatando un “cambio de control” en la empresa.

Nuestra normativa actual en materia de concentraciones económicas no refiere específicamente a los contratos asociativos. Por consiguiente, los agentes deben dilucidar en cada caso concreto si dicho instrumento jurídico constituye o no un “cambio de

control” de la empresa, lo cual es un factor de incertidumbre para los operadores económicos.

En materia de Derecho Comparado se destacó la regulación chilena y brasilera en materia de fusiones y adquisiciones, surgiendo de dicha normativa que a los fines del control de las operaciones de concentración económica resulta obligatorio notificar al órgano de aplicación la constitución de Joint ventures o contratos asociativos.

Desde el punto de vista de los antecedentes del derecho argentino el régimen europeo presenta especial interés al analizar el régimen de fusiones y adquisiciones, debido a que las normas de la L.D.C se basan fundamentalmente en la legislación europea.

En el derecho europeo, para determinar si la adquisición de activos de una empresa debe ser sometida a control previo, por configurar una concentración, lo determinante es evaluar si esos activos son susceptibles o no de configurar una empresa, de modo que pueda imputárseles cierto volumen de ventas o de participación en el mercado. Los autores subrayan que este criterio es válido bajo el Derecho argentino teniendo en cuenta que el artículo 7 se basa en la figura de “toma de control” de una empresa y así se entendió en destacadas resoluciones de la autoridad de aplicación. Así surge claramente del proyecto de guía de concentraciones económicas emitido en el año 2019, aún no vigente.

En lo que respecta puntualmente a las agrupaciones de colaboración o Joint Ventures, la ley 27.442 no incluye un tratamiento explícito para las mismas. Algunas de ellas serán consideradas como concentraciones económicas, quedando sujetas a la obligación de notificación prevista en el artículo 9 de la L.D.C. si se dan los extremos allí previstos y otras no tendrán tal carácter. Sin embargo, el proyecto de reforma a la L.D.C aprobado por el Senado de la Nación en febrero del año 2021 propone incluir expresamente a los Joint Ventures en el catálogo de actos que deben ser sometidos a aprobación previa por parte de la autoridad de competencia.

Creo que la propuesta de incluir expresamente a los Joint Ventures o contratos de colaboración como actos para los cuales se debe solicitar autorización previa a la autoridad de competencia resulta un paso hacia adelante a los efectos de proveer un marco de actuación más claro a los agentes económicos. El hecho de tener que evaluar si un Joint Venture implica un caso de “control” en conjunto o una mera “coordinación” de actividades, debiendo recurrir inclusive a opiniones consultivas de la Comisión a tales

efectos, puede aumentar la incertidumbre al momento de la suscripción de este tipo de acuerdos, desalentando su conclusión.

En los casos de Uniones transitorias de empresas (UTE) y Acuerdos de Colaboración (AC), parte de la doctrina subraya que la línea divisoria entre “control” y “coordinación” de actividades no siempre es evidente. A partir de la propuesta de Reforma a la L.D.C, los criterios para tal distinción serían más claros, aclarándose que los Joint ventures o acuerdos participativos de cualquier tipo que sean autónomos y tengan funciones plenas se considerarán concentraciones económicas.

En referencia al tratamiento de los acuerdos de cooperación en las distintas jurisdicciones, se señaló que el análisis económico de los efectos de dichas alianzas no es muy diferente que el de las fusiones. En ambos casos puede existir una disyuntiva entre poder de mercado y eficiencia. El efecto neto de la operación puede evaluarse sólo después de haber analizado la industria (para ver si efectivamente existe margen para ejercer poder de mercado) y las ganancias de eficiencia esperadas de la alianza estratégica.

En los Estados Unidos y en la Unión Europea se han dictado lineamientos y normas especiales en esta área, debido a la necesidad de contar con marcos de referencia claros a la luz de las complejidades características de tales sectores. En la Unión Europea, los acuerdos de colaboración son especialmente receptados por la normativa, incluso aquellos que no constituyen estrictamente una “concentración económica”, encontrándose también sometidos a un control por parte de la autoridad de aplicación, constituyendo hoy un sistema de Control ex post de este tipo de acuerdos.

En relación a la disyuntiva entre control ex post y control ex ante, se destacaron las posiciones doctrinarias que demuestran que el monitoreo o control ex post resultaría un sistema de auditoría óptimo cuando la probabilidad de error de la autoridad de competencia es bajo. Por el contrario, el régimen de notificaciones sería recomendable cuando la probabilidad de error por parte de la autoridad de competencia es alta. Un control ex post no sería óptimo frente a una autoridad inexperimentada con limitados recursos.

En la legislación europea cabe destacar especialmente lo señalado respecto a la existencia de “exenciones por categorías” para determinados tipos de acuerdos. En el ámbito de los acuerdos de cooperación horizontal existen reglamentos de exención por

categorías basados en el artículo 101, apartado 3, relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo y a los de especialización (incluida la producción conjunta). Estos Reglamentos de exención por categorías parten del supuesto que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede generar eficiencias relevantes. Sería conveniente evaluar la inclusión de reglamentos de esta índole en nuestra legislación.

En lo que respecta al tratamiento de los acuerdos de colaboración empresaria o las empresas conjuntas en la legislación argentina, la ley 27.442 (L.D.C) no incluye un tratamiento especial para las mismas. Algunos constituirán concentraciones económicas, pudiendo quedar sujetos a la obligación de notificación prevista en el artículo 9 de la L.D.C. si se dan los extremos allí previstos y otras no tendrán ese carácter.

Tomando como referencia la regulación comparada, urge a nuestras autoridades adoptar mecanismos que permitan un control previo de los acuerdos que se consideren con mayor peligro a la competencia, debiendo delinear cuáles son las condiciones y criterios que exigirían autorización previa a su conclusión. Para facilitar a los agentes la evaluación de sus operaciones, sería necesario delinear guías o lineamientos que aclaren la postura de la autoridad de aplicación en la evaluación de dichos contratos, de manera de aportar claridad a los agentes.

Como fuera desarrollado, la nueva ley 27.442 sancionada en 2018 supuso para gran parte de la doctrina nacional la inclusión de “prohibiciones per se” para determinadas conductas. (Art.2 L.D.C). La doctrina no es conteste en relación a la interpretación de dicho artículo y las posibles consecuencias que el mismo prevé. Según algunos autores, estos acuerdos se considerarán nulos de pleno derecho, y por lo tanto, “no producirán efecto jurídico alguno”. Otros sostienen que no está claro si se exigirá la evaluación del contexto y el balance entre beneficios, eficiencias y restricciones a la competencia. Parte de la doctrina afirma que las conductas enumeradas en el art.2 sólo significarían una presunción iuris tantum de perjuicio al interés económico general.

En el mismo sentido, los expertos subrayan que los permisos que las empresas podrían solicitar para llevar adelante dichas conductas, conforme así lo prevé el nuevo Art.29 L.D.C, significarían que el carácter absoluto de tales restricciones no es tan absoluto. La propia L.D.C, en su art.29, reconocería expresamente esta flexibilidad de las prohibiciones per se.

El proyecto de reforma a la L.D.C aprobado por el Senado en el 2021 propone la eliminación del art. 29 de la normativa vigente. Cabe preguntarse cuál sería el sentido de dicha eliminación. Si es que viene a confirmar que las conductas enumeradas en el art. 2 son prácticas no sancionables de pleno derecho y que por lo tanto en cada caso particular deberá acreditarse el perjuicio al interés económico general, lo que haría innecesario no cualquier tipo de autorización previa al respecto para precaverse de nulidades de pleno derecho.

La prohibición del art.2 de la LDC continuaría vigente, por lo cual la eliminación de la posibilidad de permisos podría significarles a las empresas que desean tejer alianzas de colaboración la posibilidad de que sus acuerdos estén viciados de una ilegalidad per se, con todo lo que ello significa en términos de incentivos a su concreción.

Por lo hasta aquí expuesto, se advierte que existe en nuestro país una normativa poco clara y con sucesivas reformas insuficientemente fundadas y contradictorias entre sí, lo que incrementa notablemente la incertidumbre del marco de actuación de los agentes para constituir este tipo de contratos. Colaboraciones que podrían en muchos casos contribuir a una actuación más eficiente de las empresas y aumentar la competitividad de nuestra economía.

De entrar en vigencia la última reforma propuesta a la ley de defensa de la competencia, si un grupo de empresas necesitara incluir un tipo de cláusula como las enumeradas en el art.2 en su contrato asociativo, se enfrentaría al enorme riesgo de que pudiese declararse la nulidad de todo el contrato en el futuro y eventualmente recibir sanciones. Todo ello desincentiva notablemente la formación de estas estructuras jurídicas.

Por último, atento la escasa jurisprudencia hoy existente en materia contratos asociativos y defensa de la competencia en nuestro país, nos encontramos claramente ante un organismo regulador con limitada experiencia en este tipo de abordajes, lo que ameritaría un tipo de control ex ante de esta clase de contratos, y no un control ex post como establece la ley vigente. Esto atento que la efectividad de este último estaría ligada a una autoridad experimentada y con óptimo funcionamiento como bien fuera analizado en el presente trabajo.

El artículo 29 podría interpretarse como un intento de inclusión de un control previo por parte de la autoridad de aplicación de determinado tipo de acuerdos considerados más

riesgosos a la competencia. Sin embargo, la escasa claridad hoy existente en la interpretación y criterios de aplicación de dicha norma, hace que no se cumpla con esa función. Asimismo, resulta preocupante la propuesta de su eliminación en el proyecto en trámite en el Congreso de la Nación.

Considero positiva la inclusión en el último proyecto de reforma a la ley de defensa de la competencia de los Joint Ventures como supuestos de concentraciones que deben ser autorizadas por la autoridad de aplicación, en línea con los criterios que imperan en Derecho Comparado.

Entiendo fundamental que se emitan a futuro lineamientos por parte de las autoridades que permitan aportar mayor claridad a los operadores respecto del tratamiento de los contratos de colaboración empresarial en relación a su evaluación desde el punto de vista de las concentraciones económicas, como así también en relación a los acuerdos que no constituyen fusiones pero que podrían exigir determinadas autorizaciones en virtud de las disposiciones del Art 2 y Art.29 de la ley vigente.

Finalmente, en relación a la regulación del CCC y la exigencia de notificación por parte del Registro a la Comisión de defensa de la competencia de determinados contratos asociativos, debería existir una mayor armonía entre la regulación civil y comercial y la normativa antimonopolio en nuestro país, ya que se advierten ciertas contradicciones y falta de armonía entre ambas normas. Esto incrementa la dificultad de detectar conductas anticompetitivas al limitar la información disponible a la autoridad de control, lo cual podría resultar en una invitación a utilizar determinadas figuras contractuales distintas a la notificadas para lograr fines anticompetitivos, disminuyendo el riesgo de ser sancionados y por lo tanto incentivando la concreción de conductas anticompetitivas a través de estos canales.

Un agente económico diligente y con buenas intenciones, podría verse desmotivado a concretar una alianza benéfica para sus intereses, ante el riesgo de posibles sanciones, enfrentándose a una normativa poco clara que lo colocaría a merced de posibles decisiones discrecionales por parte de la autoridad antitrust. Por otro lado, agentes inescrupulosos podrían valerse de esa falta de claridad, experiencia e información del organismo de aplicación, para canalizar conductas anticompetitivas exitosamente a través de la autonomía de la voluntad que impera en contratos asociativos,

contemporizando que el control ex post hoy existente, frente a una autoridad inexperta, disminuye los riesgos de sanción.

Los acuerdos entre competidores que resultan beneficiosos para el mercado no solo deben ser considerados lícitos, sino que además debieran ser incentivados por las autoridades de competencia. La posibilidad de incluir “excepciones en bloque” como existe hoy en la Unión Europea, lo considero una opción válida que contribuiría a incentivar la conclusión de determinados acuerdos considerados útiles para el desarrollo de nuestra economía.

## **BILIOGRAFÍA**

BIAGGINI P. & ASPLINDH H. (2002) *Joint venture y el control previo de fusiones & adquisiciones en el Derecho argentino*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Abril 2002, Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_14\\_part2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_14_part2.pdf) Consultado el 14/05/2022

BOLESO, H. (1987) *Algo más acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de colaboración empresarial*, en L.L. 1987- A-1064.

BORK, R. *The antitrust paradox* (1978), New York, Basic Books

BRIONES, J. y otros (1999): *El control de concentraciones de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

BUSTAMANTE, J.E. (1985), *El fin de lucro en las agrupaciones de colaboración empresarial* L.L. 1985-A-967.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., (2005). *Derecho antimonopólico y de la defensa de la competencia*, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. & KELLY, J. (1987), *Contratos de colaboración empresarial*, Capital Federal, Editorial Claridad S.A.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (h) (2018), *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.3 -14, disponible en: [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf) consultado el 14/05/2022.

CERVIO, G. y ROPOLO, E. (2010). *Ley 25.156 Defensa de la competencia Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley.

CESARETTI, M. & CESARETTI, O. (2016), *Los contratos asociativos en la unificación*, en *Revista del Notariado*, N°920, Abril- Junio de 2015, fecha de publicación: febrero 2016, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/02/los-contratos-asociativos-en-la-unificación/>.

CHIAVASSA E. y AGUIRRE, H., *Personalidad y contratos asociativos*, en L.L. On line, 0003/70041902-1, revista Lexis Nexis, Córdoba N°1, 200.

COOK, C.J. & KERSE, C.S. (2000), *EC Merger Control*, Londres, Ed. Sweet & Maxwell.

DE DIOS, M.A., *Comentarios a la Reglamentación de la Ley de defensa de la Competencia*, LA LEY, 2001- B, 969.

DEL PINO, M. (2018), *La protección de la competencia en Argentina. Próximos desafíos de cara al futuro*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial de Thomson Reuters La Ley.-

DEL PINO, M.- DEL RIO, S. (2018), “Nueva Ley de Defensa de la Competencia en la Argentina” Disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-la-argentina-13187>, consultado el 21/05/22.

DE QUEVEDO, MV.G. (2000), “*Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas*”, en Revista de Derecho comercial y de las Obligaciones (2000), t.33 pp.280 y 281.

GUYENOT, J. (1986), *Tipología de los grupos de interés económico: la comprobación del contrato por escrito; sus condiciones de forma*, en L.L. 1986-B-903.

HERSALIS & ZARRIA (2013), *Contratos Asociativos, Breves notas en torno a una reforma inminente*, en D.J. del 10-4-2013; L.L. on line, AR/DOC/81/2013.

IRIZAR, G. & BOIDI, C. (2018), *La persecución de cárteles en la República Argentina, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.167-180, disponible en: [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf) consultado el 14/05/2022.

INGLEZ DE SOUZA, R. (2018), *Breves comentarios acerca de la nueva ley de defensa de la competencia argentina desde la perspectiva del derecho brasileño*, Comentarios a la Ley de defensa de la competencia, Suplemento LA LEY, año 2018.

IRARRÁZABAL PHILIPPI, F. & CERDA BECKER, F., *Establecimiento de un Sistema de Control Previo de Operaciones de Concentración en Chile: orígenes, implementación y desafíos*, Comentarios a la Ley de defensa de la competencia, Suplemento LA LEY, año 2018. Disponible en:

[https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf)  
consultado el 14/05/2022.

ITALIANER A., *Competition Agreements Under UE Competition Law, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, New York, 26/9/2013.

LE PERA, S. (1992), “*Joint Venture y sociedad*”, Buenos Aires, Ed. Astrea.

LEIVA FERNÁNDEZ (2017), *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Ed. La Ley.

LINSSEN, G.L. (1976), “*Joint subsidiaries. The SHV- Chevron case*”, *Common Market Law Review* (1976), t.13 pa.105.

LOSS F., MALAVOLTI, E., THIBAUD VERGÉ & BERGÉS- SENNOU F. (2007), *European competition policy modernization: from notifications to legal exception*.

LRITTER & OVERBURY C. (1977), “*An attempt at a practical approach to joint ventures under the EEC rules of competition*”, *Common Market Law Review* (1977), t.14 p.601.

MARZORATI, O. J. (1996), “*Alianzas estratégicas y “joint ventures”*”, Buenos Aires, Ed. Astrea.

MARTÍNEZ MEDRANO, G. (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Buenos Aires, Depalma–Lexis Nexis.

MOTTA, M. (2018), *Política de competencia- Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, COFECE, UNAM, CIDE.

MUIÑO, O. M. y RICHARD, E. H. *¿Qué es sociedad y qué es contrato de colaboración en el Anteproyecto? En torno al cambio estructural propuesto por la reforma en curso*, en L.L. Online 003/010814.

PADILLA J & ZUCCON, S. (2018) , *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia desde un punto de vista económico*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.45-58, disponible en: [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf) consultado el 14/05/2022.

ROITMAN, H., SANCHEZ, M. V & LOPEZ ROVOL A., (2018), *Contratos Asociativos*, 1° Ed. Revisada, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni.

ROITMAN, H., (2011) *Ley de sociedades Comerciales comentada*, 2da ed., Buenos Aires, Ed. La Ley.

ROITMAN, H., *Joint Ventures*, en RDCO 1993-248.

ROPOLO, E., “*Joint Venture*” y el control de Concentraciones económicas, en L.L. del 07/08/2008, 2008-d-1308.

ROUILLON, A. (2006), *Código de Comercio comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, T. III.

STORDEUR, E. (h) (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

SULLIVAN, L.A., GRIMES W. S. & SAGERS C.L (2016), *The law of antitrust*, Saint Paul, West Academic Publishing.

TAPIA, J., *Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia argentina desde el derecho chileno*, Suplemento especial comentarios a la Ley de defensa de la Competencia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p.703-714, disponible en: [https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp\\_completo.pdf](https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/Supl%20Ley%20de%20Defensa%20de%20la%20Comp_completo.pdf) consultado el 14/05/2022.

VERÓN, A. (1987) *Sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

VISCUSI, W. KIP.; VERNON, JOHN, M. HARRINGTON & JR. JOSEPH (2001), *Economics of Regulation and Antitrust*, 3° edition, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres.

VITOLO, D. (2015), *Sociedades Comerciales*, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, t. V-B.

VÍTOLO, D. R. (2015), “*Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Y si el perro dice... ¿miau?*”, Trabajo presentado en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 2015.

ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. & RAGAZZI, G., (1986) *Contratos de colaboración empresaria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Jurisprudencia Estados Unidos**

United States V. PENN-OLIN Chemical Company.S. 158,84 S.Ct.1710, 12 L Ed. 2d.775 (1964), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/158/>.

United States v. Philadelphia National Bank 374 U.S.321 (1963), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/>

United States v. Waste Management Inc, 743F.2d 976 (2d. Cir.1984), disponible en: <https://case-law.vlex.com/vid/743-f-2d-976-594835310>

National Soc’y of Prof’l. Eng’rs v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/679/>

FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n, 493 U.S. 411, 432-36 (1990), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/411/>

California Dental Ass’n v. FTC, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/756/>

FTC v. Indiana Fed’n of Dentists, 476 U.S. 447, 459-61 (1986), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>

National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of the Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 104-13 (1984), disponible en: <https://case-law.vlex.com/vid/468-u-s-85-604952194>.

Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., 441 U.S. 1, 19-20 (1979), disponible en: <https://case-law.vlex.com/vid/broadcast-music-inc-v-891987555>.

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 464 (1992), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>.

Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/498/46/>.

United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/392/>.

Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y, 457 U.S. 332, 339 n.7, 356-57 (1982), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/332/>.

Northwest Wholesale Stationers Inc v. Pacific Stationery & Printing Co. 472, US 284, (1985), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/284/>.

### **Jurisprudencia Europea**

KEWA, en Diario Oficial, 1976, L 51/15, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976D0249&from=EN>

GEC/ Weir Sodium Circulators, Diario Oficial 1977, L 32/26, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977D0781&qid=1652623932788&from=EN>.

Bayer/Gist-Brocades, en Diario Oficial 1976 L30/13, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976D0172&qid=1652624010897&from=EN>.

John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas, en Diario Oficial, 1998, Asunto C-7/95 P, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0007&from=ES>.

Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL and Administración del Estado vAsociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc),

Case C-238/05, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0238&qid=1652899092296>.

Enichem/ICI, en Diario Oficial, 1988, L 50/18, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988D0087&qid=1652624320369&from=EN>.

Europemballage Corp. Y Continental Can Co. Inc. V Commision, European Court Reports, 1973, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>.

SKANSKA/SCANCEM, en DIARIO OFICIAL, 1999, L.183/10, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0458&qid=1652624738651&from=EN>.

European Commission v French Republic en DIARIO OFICIAL, 2017, (Case C-416/17) (2017/C 293/27), disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CN0416&from=EN>

MSG/MEDIA SERVICE, en Diario Oficial, 1994, L364/1, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994D0922&qid=1652624793335&from=EN>.

Vacuum Interrupters Ltd, Diario Oficial, 1977, L 48/32, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977D0160&qid=1652899180268&from=EN>.

De Laval-Stork, Diario Oficial, 1977, L 215/1, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977D0543&qid=1652899224329&from=EN>.

### **Jurisprudencia nacional**

C.N.Com. Sala A, 11-9-81 “Calzetta, Antonio c. Coordinadora de Servicios S.A.”, L.L. 1983-A-566, 36244-S.

C.N.Com, Sala A, 14-11-97, “Cotecar SRL C. Logis S.A.”, L.L. Online: 60000725,

CNDC, Mayol, Julio, C. c Shell Gas S.A. Expte. N° 064-004881/2001, Dictamen N° 529 del 2006/10/20, disponible en:

<http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/529.pdf>.

Opinión consultiva CNDC Nro. 17, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/17\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/17_1.pdf)

Opinión consultiva CNDC Nro. 31, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/31\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/31_1.pdf)

Opinión consultiva CNDC Nro. 32, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/32\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/32_1.pdf).

Opinión consultiva CNDC Nro. 33, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/33\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/33_1.pdf)

Opinión consultiva CNDC Nro. 41, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/41\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/41_1.pdf)

Opinión consultiva CNDC, Nro. 124, disponible en:  
[http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/124\\_1.pdf](http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/124_1.pdf).

## **NORMATIVA**

### **Nacional**

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 11.210 (derogado)

Ley 12.906 (derogado)

Ley 22.262 (derogado)

Ley 25.156 (derogado)

Ley 27.442

Ley 22.903

Ley 26.005

Ley 19.550

Ley 11.867

Resolución SC 208/2018 (Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas)

### **Unión Europea**

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

Comisión Europea: “Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01)”,

Reglamento (CE) Nro. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»).

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) Nro. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01).

Reglamento (CE) Nro. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal 2011/C 11/01.

Reglamento (CEE) Nro. 2821/71 del Consejo (20 de diciembre de 1971) relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas (DO L 285 de 29.12.1971, pp. 46–48).

Reglamento (UE) Nro. 1217/2010 de la comisión (14 de diciembre de 2010) relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

Reglamento (UE) n ° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

Reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

### **Estados Unidos**

Sherman Act (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7)

Clayton Act (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53)

Horizontal Merger Guidelines (DOJ-FTC)

Antitrust guidelines for collaborations among competitors (DOJ-FTC)

La National Cooperative Research Act de 1984 (15 U.S.C.).

### **Brasil**

Ley Antimonopolios de Brasil 12.529/2011

Ley 8884/1994

### **Chile**

Ley 20.945

Dec. Ley 211 (FNE)