

Suprema Corte:

—I—

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar al recurso directo interpuesto por Quickfood SA, Avex SA, Molinos Río de la Plata SA y Molinos IP SA y, en consecuencia, revocó la resolución de la Secretaría de Comercio 11/2016, que determinó que la operación de compraventa de marcas se encuentra sujeta a la obligación de notificación previa establecida en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 (fs. 400/401 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

El tribunal señaló que las partes celebraron una compraventa de marcas de alimentos y de ciertos activos vinculados a su explotación, como el *know how*. En ese marco fáctico, consideró que la operación no constituye una concentración económica de las previstas en el artículo 6 de la ley 25.156, que deba ser notificada en los términos del artículo 8 de esa ley.

Destacó que, en el *sub lite*, a través de la operación celebrada la compradora no tomó el control sobre la empresa vendedora. Afirmó que la contratación no incluyó la transferencia de inmuebles, maquinarias de escala de producción, empleados, contratos con proveedores, contratos de provisión, acciones o cuota partes de sociedades, entre otros, de manera que pudiera establecerse que la compradora tomó el control de la empresa vendedora. Estimó, también, que el volumen comercializado y la clientela involucrada en el seguimiento de las marcas no resultan criterios que determinen que la parte vendedora se haya desprendido del control de su empresa.

Concluyó que la sola venta de activos, que no conlleva una toma de control, no constituye una de las concentraciones económicas que según la ley 25.156 conlleva la obligación de notificación previa a la autoridad administrativa.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario (fs. 405/417) que, una vez contestado (fs. 429/449), fue denegado (fs. 453), lo que motivó esta presentación directa (fs. 44/48 del cuaderno respectivo).

En primer lugar, la recurrente destaca que la operatoria no incluyó solo marcas, sino que también comprendió la transferencia de órdenes de compra de insumos, existencias de productos terminados y en proceso, nombres de dominio, *know how* y registros alimenticios, así como servicios de asistencia técnica. Agrega que se celebraron acuerdos de no competencia. Además, expuso que las marcas transferidas son actualmente utilizadas en el mercado, lo que significa que, junto con la transferencia de las marcas, los vendedores están transfiriendo su clientela, dado que los consumidores asocian la marca a la calidad del producto.

Al respecto, señala que los activos transferidos son susceptibles de producir una concentración económica dado que tienen aptitud para constituir una actividad a la que puede atribuirse un volumen de negocios, por lo que la operatoria debe ser incluida dentro del supuesto de concentración económica previsto en el artículo 6, inciso *d*, de la ley 25.156. Agrega que existe un cambio de control sobre una actividad que compromete una porción del mercado.

Manifiesta que, a fin de determinar si una operación constituye una toma de control, debe darse preferencia a criterios cualitativos sobre cuantitativos, incluyendo el análisis de consideraciones de hecho. Expresa que la obligación de notificar el acto no genera perjuicios a las empresas que formaron parte del acuerdo.

Asimismo, pone de resalto que el caso tiene una gran relevancia institucional pues, en su entender, habilita la constitución de monopolios y desprotege el interés económico general.

–III–

En mi opinión, el recurso extraordinario fue mal denegado.

Por un lado, la decisión apelada es definitiva puesto que, en el marco del procedimiento de opinión consultiva regulado por la resolución 26/2006, puso fin a la controversia sobre la obligación de las partes de notificar la operación celebrada a la autoridad de aplicación en los términos del artículo 8 de la ley 25.156. A la vez, la resolución apelada obstruye el ejercicio del poder de policía vinculado al control previo de concentraciones económicas, que son susceptibles de causar daños irreparables (doctr. Fallos: 328:900, “Iannone” y 330:3582, “Southern Winds” y dictamen emitido en los autos S.C., D. 286, L. XLVI, “Direct TV Argentina SA s/ medidas cautelares”, 18 de abril de 2011 y sus citas).

Por otro lado, el impugnante pone en tela de juicio la interpretación de la ley 25.156 –en especial, los artículos 6 y 8– y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; dictamen de esta Procuración General al que remitió esa Corte Suprema en Fallos: 338:176, “Pirelli y C.S.P.A.”; y en M. 377, L. XLIX, “Mafinsa SA s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, sentencia del 7 de julio de 2015, entre otros). Además, los planteos de arbitrariedad están inescindiblemente asociados a las cuestiones federales esbozadas y, por lo tanto, deben ser examinadas en forma conjunta (“Pirelli y C.S.P.A.”).

Por ello, entiendo que la queja es procedente.

–IV–

En el presente caso, se encuentra controvertido si la operación celebrada por Quickfood SA, Avex SA, Molinos Río de la Plata SA y Molinos IP SA constituye una de las concentraciones económicas sujetas al régimen de control previo previsto en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 y, más específicamente, si se trata de una toma de control de

una empresa a través de la transferencia de activos en los términos del artículo 6, inciso *d*, de esa ley (art. 81, decreto 480/2018).

De modo preliminar, cabe destacar que, según informaron las partes al peticionar la emisión de una opinión consultiva en los términos de la resolución 26/2006, Molinos Río de la Plata SA y Molinos IP SA, en carácter de vendedores, transfirieron a Quickfood SA y Avex SA, en carácter de compradores, las siguientes marcas: Vienissima, Hamond, Tres Cruces, Goodmark, Wilson, Delicia y Manty. Además, la operación incluyó la transferencia de nombres de dominio, *know how* y registros alimenticios, órdenes de compra de insumos, ciertas existencias de productos terminados y en proceso, así como servicios de asistencia técnica. Finalmente, las partes celebraron acuerdos de no competencia (fs. 1/6 y 37/248).

Por su parte, la autoridad de aplicación de la ley 25.156 consideró que las marcas transferidas se encuentran actualmente en uso y generan volumen de negocios y clientela propios (fs. 305/314 y 320/323), cuestión que no fue debidamente controvertida —esto es, a través de medios de prueba— por las peticionantes, máxime considerando que el valor de las operaciones sustenta la conclusión de la autoridad de aplicación (fs. 37/248).

En ese contexto fáctico, cabe recordar que la Ley de Defensa de la Competencia prevé que las operaciones de concentración económica de gran trascendencia en el mercado deben ser notificadas en forma previa a su perfeccionamiento —o dentro de una semana después de su concreción— para su fiscalización y autorización por parte de la autoridad de aplicación (artículos 6 y 8, ley 25.156).

Ese sistema de control previo responde a la manda constitucional prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que tras reconocer el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de sus intereses económicos, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y

digno, dispone que el Estado debe proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales. Las concentraciones económicas provocan cambios en la estructura del mercado, que pueden causar daños irreparables a la competencia efectiva, a los agentes económicos y, en definitiva, a los usuarios y consumidores. El control previo de esas concentraciones procura prevenir esos efectos nocivos y los costos que implica la reversión de los resultados de una concentración ilegítima ("Pirelli y C.S.P.A.", cit.).

Cabe precisar que la determinación de la existencia de una concentración económica no implica un juicio sobre su capacidad efectiva de distorsionar la competencia, lo que justificaría su prohibición en los términos del artículo 7. Por el contrario, sólo genera el nacimiento del deber de informar que está sustentado en el carácter especialmente riesgoso de determinadas operaciones por su aptitud para producir cambios estructurales en el mercado, lo que justifica su control previo ("Pirelli y C.S.P.A.", cit.).

El artículo 6 de la ley 25.156 dispone que, a los fines de esa ley, se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de las operaciones descriptas en sus cuatro incisos. El inciso *a* se refiere a la fusión entre empresas; el *b*, a la transferencia de fondos de comercio y el *c*, a la adquisición de acciones o participaciones que otorguen al adquirente el control o la influencia sustancial sobre la persona que las emita.

Por último, el inciso *d*, aquí en cuestión, incluye una figura residual, que comprende a "cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa".

A fin de determinar si la operación bajo análisis se encuentra comprendida en el citado artículo 6, inciso *d*, cabe considerar la letra de la ley (Fallos: 316:2561, “A. Gas S.A.”, entre otros) que expresamente contempla que las transferencias de activos son susceptibles de otorgar al adquirente el control de una empresa, interpretada de manera sistemática (Fallos: 330:1855, “Comisión Nacional De Valores”, entre otros) con los demás disposiciones que prevén otras vías de obtención de control y de acuerdo a los fines específicos (Fallos: 330:2192, “Petrolíferos Fiscales Gas S.A.”) del régimen de defensa de la competencia y, en particular, del sistema de fiscalización previa de concentraciones económicas.

En primer lugar, los supuestos de toma de control previstos en el artículo 6 de la ley 25.156 se refieren a diversos instrumentos jurídicos por los cuales, desde el punto de vista económico, varias estructuras empresarias independientes pasan a funcionar —de hecho o de derecho— bajo un control común, lo que conlleva una concentración del poder de decisión sobre cuestiones vinculadas a la competencia y, de ese modo, modifica aspectos estructurales del funcionamiento del mercado. Esa dimensión económica de la regulación debe ser ponderada a fin de asegurar el cumplimiento de los propósitos del sistema de control previo de concentraciones, esto es, prevenir los daños irreversibles que pueden generar ciertos cambios en la estructura del mercado (en sentido similar, art. 3, ley 25.156).

Sin embargo, la sentencia apelada descartó la aplicación del citado artículo 6 a partir de un análisis meramente formal, que desconoció que la transferencia de activos puede ser utilizada para integrar unidades empresarias bajo un mismo control, lo que explica su incorporación como forma de concentración económica en el inciso *d*.

En el mismo sentido, el derecho comparado, que sirvió de guía a nuestros legisladores (miembro informante de la Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión

13, 5° sesión ordinaria, 19 de mayo de 1999; miembro informante de la Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 29, 11° sesión ordinaria, 23 de junio de 1999), también prevé que, a fin de activar el sistema de fiscalización previa de concentraciones económicas, el control de una empresa puede resultar de la transferencia de activos (§ 18a, Título 15 del *U.S. Code*; y arts. 3 y 4 del Reglamento (CE) 139/2004 de la Unión Europea).

En particular, en el sistema europeo, el considerando 20 del citado reglamento dispone que es preciso definir el concepto de concentración de forma tal que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. Luego, el artículo 3.2 dice que "[e]l control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa."

En segundo lugar, del análisis integral del artículo 6 surge que la toma de control, a los fines de la ley 25.156, no requiere, necesariamente, la integración de figuras societarias (incs. *b* y *d*). Contrariamente a lo razonado por el tribunal *a quo*, la toma de control prevista en la norma bajo análisis no demanda que los adquirentes obtengan el control de la sociedad vendedora, sino que, desde el punto de vista de defensa de la competencia, lo determinante es que, como resultado de la operación, unidades empresarias independientes sean colocadas bajo un único control, lo que lleva aparejado una concentración de porciones de mercado (Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*, West Publishing Co., 1994, ps. 442 y 445). Ese efecto puede

resultar de la integración de estructuras societarias —como la prevista en el artículo 6, inciso *a*— o de otras operaciones, como la transferencia de fondos de comercio o de activos, previstas en los incisos *b* y *d*.

En tercer lugar, entiendo que la transferencia de activos prevista en el inciso *d*, aquí en juego, no exige la transferencia de todos los activos de una empresa (en sentido concordante, Título 15 del *U.S. Code* y Reglamento (CE) 139/2004 cit.). En efecto, cabe ponderar que el inciso *b* contempla a la transferencia de fondos de comercio, por lo que el inciso *d*, en su carácter de norma residual, no puede referirse a un supuesto que quedaría abarcado por el inciso *b*.

Sin embargo, tampoco toda transferencia de activos debe ser comprendida en el inciso *d*, puesto que esa noción debe ser vinculada con la de toma de control de una empresa prevista en el encabezado de la norma. A mi modo de ver, el artículo 6, inciso *d*, requiere que la transferencia tenga entidad suficiente para otorgar al adquirente el control de una unidad empresaria, que no necesariamente constituye una figura societaria ni tiene estructura jurídica, sino que puede consistir en un conjunto de bienes que permita determinar el comportamiento competitivo de una actividad económica presente en el mercado. Desde el punto de vista económico, ello conduce a que estructuras empresarias independientes pasen a funcionar —de hecho o de derecho— bajo un control común, de lo que resulta una concentración del mercado.

En este sentido, la Comisión de la Unión Europea entiende que una transferencia de activos puede generar una concentración económica siempre que constituyan una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignársele un volumen de negocios en el mercado (“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, para. 24, disponible en <https://eur-lex.europa.eu>). Además, destaca que las

concentraciones comprendidas en el reglamento son las que producen un cambio duradero en el control de una empresa (para. 28).

A la vez, la postura aquí desarrollada coincide con la adoptada de forma consistente por la autoridad de aplicación, que a los fines de asegurar la correcta implementación de los mecanismos de control de la ley, ha postulado que la transferencia de activos configura una concentración económica en los términos del artículo 6, inciso *d*, cuando esos activos permiten “el desarrollo de una o varias actividades a las que se les pueda, además, atribuir volumen de negocios independiente, con clientela y valor propio originado en la posibilidad de generar asuntos de naturaleza económica” (opiniones consultivas 83/2000, 98/2001, 101/2001 y 130/2001, y resoluciones 24/2007, 107/2011, 68/2014, 476/2016, 899/2017 y 726/2017, entre otras; disponibles en <http://cndc.produccion.gob.ar>).

En el *sub lite*, la transferencia de activos celebrada — marcas, nombres de dominio, *know how*, registros alimenticios, órdenes de compra de insumos, productos terminados y en proceso, así como servicios de asistencia técnica— le otorga a Quickfood SA y Avex SA la posibilidad de explotar las marcas Vienissima, Hamond, Tres Cruces, Goodmark, Wilson, Delicia y Manty; sin que la falta de transferencia del inmueble, la maquinaria o los empleados impida esa explotación. Esas marcas vinculadas a productos congelados y de refrigeración se suman a las que ya controla Quickfood SA y Avex SA en ese rubro —Paty, Paty Viena y Dánica—. Además, a través del acuerdo de no competencia, Molinos Río de la Plata SA y Molinos IP SA limitaron su participación en el mercado de la producción, fabricación, distribución y comercialización de los productos relacionados con las marcas transferidas, a saber, salchichas, hamburguesas y margarinas.

Tal como destacó la autoridad de aplicación, esas marcas, que se encuentran en uso, generan volumen de negocios y clientela propios y, de

ese modo, a través de su transferencia, Molinos Río de la Plata SA y Molinos IP SA transmiten a Quickfood SA y Avex SA ese volumen de negocios y esa clientela que es dable esperar sigan a esas marcas; en otras palabras, ceden su participación en el mercado de los productos relacionados con las marcas transferidas.

Con relación a la transferencia de marcas, la Comisión de la Unión Europea puntualizó que “[u]na operación que se limite a activos inmateriales tales como marcas, patentes o derechos de autor podría también considerarse una concentración si dichos activos constituyen una actividad con un volumen de negocios. En cualquier caso, la transferencia de licencias de marcas, patentes o derechos de autor, sin otros activos, sólo puede cumplir estos criterios si las licencias son exclusivas al menos en un determinado territorio y la transferencia de las mismas transfiriera la actividad que genera el volumen de negocios” (comunicación consolidada cit.).

En el presente caso, a través de los distintos contratos celebrados, que deben ser interpretados de acuerdo con la realidad económica (art. 3, ley 25.156), hubo un desplazamiento de la unidad empresaria vinculada a la explotación de esas marcas, de su volumen de negocios y de su clientela y, en definitiva, de la porción del mercado que corresponde a los referidos productos.

Como resultado de ello, Quickfood SA y Avex SA adquirieron la posibilidad de determinar la estrategia y el comportamiento competitivo de una unidad empresaria, lo que tiene virtualidad para afectar la competencia efectiva de mercado y justifica su control previo por parte de la autoridad de aplicación, en los términos de los artículos 6, inciso *d*, y 8 de la ley 25.156. En otras palabras, la transferencia generó un cambio en la estructura del mercado, que en términos económicos y competitivos puede resultar significativo y hace a la esencia del control de concentraciones económicas.

CCF 1277/2016/1/RH1

"Quickfood SA y otros c/ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y otros s/ apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet."

Por las razones expuestas, entiendo que la sentencia apelada al entender que la operación analizada en estos autos se encuentra excluida del sistema de control previo de concentraciones económicas realizó una interpretación errada del alcance del artículo 6, inciso d, de la ley 25.156.


-V-

Por ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la decisión apelada.

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2018.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación