

Voces:

DERECHO DEL CONSUMO ~ Libre competencia ~ Conductas monopólicas y anticompetitivas

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala AC. Nac. Penal Económico, sala A

Fecha: 28/05/2007

Partes: Kimberly Clack Argentina S.A. y otro

Cita: TR LALEY 70038566

Sumarios:

1 . Debe confirmarse la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que subordinó la autorización de la concentración económica a la limitación al plazo de dos años del compromiso de no competir si tal restricción resulta razonable en caso de transferencia de activos físicos y de valor "llave".

2 . Debe revocarse la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que subordinó la autorización de la concentración económica a la limitación al plazo de dos años del compromiso de no competir si el efecto del acuerdo es neutro, pues en tal caso se trata del legítimo ejercicio de la libertad contractual, -del voto en disidencia del Dr. Bonzón-.

Texto Completo:

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, mayo 28 de 2007.

El Dr. Bonzón dijo:

El apoderado de Klabin SA. (fs. 135) y el apoderado de Kimberly Clark Arg. SA. (fs. 139 bis), apelan la resolución 74 de fecha 17/10/2003 (fs. 114) emanada de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción.

Los agravios contra tal resolución se refieren exclusivamente a que la misma subordinó la autorización de concentración económica, a la modificación del "compromiso de no competir", a un plazo de 2 años, en reemplazo de 5 años pactado contractualmente.

Los mismos se resumen en considerar la existencia de un exceso en el ejercicio de sus funciones, desviación de poder y avasallamiento de la libre voluntad de las partes por parte de la Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia, al establecer un condicionamiento injustificable que viola expresos derechos constitucionales.

Ello así porque los apelantes estiman que la fundamentación de la resolución impugnada, se basa en precedentes administrativos no aplicables al caso y que al generalizarlos, el secretario de Coordinación Técnica se atribuye facultades legislativas o reglamentarias de las que carece.

Asimismo sostienen que lo resuelto se encuentra en abierta contradicción con la evaluación realizada por la Comisión, en virtud de la cual la operación notificada carece de impacto alguno en el mercado.

Por último, consideran que cuando el Estado se inmiscuye en negocios privados, especialmente cuando se pretende avasallar la voluntad de las partes expresada en contratos, se afecta el ejercicio libre del comercio (arts. 14 [Ver Texto](#) , 17 [Ver Texto](#) y 19 [Ver Texto](#) CN.), se avasallan principios jurídicos como pacta sunt servanda (art. 1197 [Ver Texto](#) CCiv.) y se menoscaba la autonomía de la voluntad (arts. 910 [Ver Texto](#) y 944 [Ver Texto](#) CCiv.).

Considero que cabe razón a los apelantes.

He sostenido que: "El principio general debe ser el de autorizar todo acuerdo que no atente contra el interés económico general y si el mismo no mejora o beneficia a la competencia en un mercado, es decir si el efecto es neutral, debe ser admitido por configurar un ejercicio legítimo de la libertad contractual" (Bonzón Rafart, Juan C., "Concentraciones y fusiones de empresas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia", Revista Información Empresaria n. 276 de diciembre de 1999, p. 52 y ss.).

En el presente caso, la propia Comisión sostiene que: "...no se vislumbra que la operación bajo análisis pueda tener por efecto restringir o distorsionar la competencia y producir perjuicios al interés económico general" (numeral 23 de la resolución).

A todas luces, es contradictorio sostener, tal como lo hace la Comisión en su numeral 41 que: "...tiene suficiente entidad para disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7 [Ver Texto](#) ley 25156)".

Asimismo, en el informe de la Comisión obrante a fs. 111, la Comisión opina que: "...Si bien es cierto que el mercado en el que actúa la empresa adquirida enfrenta una importante competencia, no es menos cierto que las cláusulas del estilo de la analizada tienen el efecto de restringir la entrada del participante que está saliendo por

el plazo establecido contractualmente" y que: "...tiene por objeto proteger por un período determinado la inversión que está realizando la adquirente".

Tal como sostienen los apelantes en sus agravios, el plazo acordado contractualmente (5 años), fue con el propósito de preservar la inversión y resguardar el negocio de Kimberly, y ello es absolutamente justificado, legal y lógico, por lo que considero que debe dejarse sin efecto el condicionamiento impuesto a la autorización conferida.

El Dr. Hendler dijo:

La resolución dictada por el secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción que se trae a conocimiento de este tribunal dispone supeditar la aprobación del contrato de venta de las acciones de la sociedad anónima KCK Tissue al requisito de que se reduzca de 5 a 2 años el plazo por el que los contratantes acordaron una prohibición de competir.

Esa decisión se sustenta en la atribución que la Ley de Defensa de la Competencia [Ver Texto](#) confiere al funcionario en los casos de adquisiciones de empresas constitutivos de concentración económica de cierta magnitud, según está previsto en los arts. 6 [Ver Texto](#), 8 [Ver Texto](#) y 13 [Ver Texto](#) de la ley. Los apelantes sostienen que ese condicionamiento afecta su derecho de contratar libremente y que el compromiso de no competir obedece a razones justificadas y a la índole de los derechos transmitidos con la venta de las acciones.

Entiendo que el agravio es injustificado. El dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en que se basa la resolución del secretario de Coordinación Técnica, indica el criterio por el que se establece el requisito en cuestión: las restricciones a la competencia, que en principio están prohibidas por el art. 1 [Ver Texto](#) de la ley, pueden admitirse cuando tienden a resguardar los derechos de los adquirentes sólo en tanto se establezcan dentro de ciertos límites de razonabilidad.

Las afirmaciones de los apelantes en el sentido de que los fundamentos de la restricción estuvieran vinculados con la transmisión de ciertos procedimientos tecnológicos que se denominan "Nested" y "Microdeco" no surge para nada del contrato sometido a aprobación que sólo concierne a la venta de las acciones de una sociedad anónima. El interés del adquirente que cabe entender resguardado es, únicamente, el del "valor llave" del negocio.

Los límites impuestos en este caso por el organismo de control corresponden al criterio seguido en la Comunidad Económica Europea que distinguen entre las restricciones que se establecen cuando hay transmisión de conocimientos tecnológicos respecto de aquellas que sólo conciernen al valor comercial del prestigio entre la clientela, lo que se conoce en inglés como "the goodwill". En este último caso, se admite una duración de la restricción hasta por dos 2 años. El plazo de 5 años se entiende razonable únicamente en el primer caso, es decir cuando hay transmisión de tecnología o conocimientos especiales. La prohibición de competir establecida en el contrato concierne a las actividades comerciales, industriales y de toda índole que desarrollan, tanto la sociedad cuyas acciones se transfieren como la sociedad adquirente y se extienden a todo el territorio de Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay. Según consta en el legajo, la primera de ellas, KCK Tissue SA., se dedica a la fabricación, transformación y comercialización de productos de papel tissue, papeles especiales y no tejidos. La otra, Kimberly Clark Argentina SA., se dedica a la fabricación, industrialización y comercialización de productos descartables. Una restricción de la competencia con ese alcance es razonable que se encuentre limitada en el tiempo, y el lapso fijado por la Comisión es el que se propone en obras de doctrina. El autor que cita uno de los apelantes, Cabanellas, Guillermo, ("Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 563/573) señala, precisamente, que en lo que concierne a la defensa de la competencia no pueden admitirse cláusulas restrictivas que sí se aceptan en Derecho Comercial y refiere los criterios empleados en la Comunidad Europea que coinciden con el empleado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el dictamen en que se basa el secretario de Coordinación Técnica.

En ese dictamen se invoca una comunicación publicada en el periódico oficial de la comunidad europea en el que está claramente indicado el referido criterio de que las restricciones a la competencia acordadas como accesorias a convenios de concentración empresaria deben limitarse a una duración razonable la que, en caso de transferencia de activos físicos y de valor "llave," es razonable que sea de hasta dos años (Oficial Journal of the European Communities 4/7/2001 C 188/03. Íd. Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations en <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/90c20305>).

El Dr. Repetto dijo:

Me adhiero a los fundamentos y conclusiones de voto del Dr. Hendler.

Por lo expuesto, por mayoría, se resuelve:

Confirmar la resolución apelada en cuanto ha sido materia de recurso. Con costas.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Edmundo S. Hendler.- Nicanor M. P. Repetto. En disidencia: Juan C. Bonzón. (Sec.: Guillermo C. Sustaita).