

PRIMEROS PASOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIA

ANDRÉS DE LA CRUZ

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi ciento treinta años, un jurista americano cuyo nombre nos es bien conocido, afirmaba que "la civilización moderna, que tanto se distingue por sus admirables progresos en la carrera de las mejoras materiales, reclama imperiosamente el movimiento constante de toda suerte de valores. ¿Y cuáles son los fenómenos, que se manifiestan en la realización de ese destino providencial? Las transacciones, que se operan en el seno de la sociedad, distribuyen los instrumentos de la producción por todos los ramos de la actividad; los capitales se aproximan a todas las necesidades, para tener una dirección más fecunda y el poderoso motor de esa rotación continua es el crédito. Con su impulso los capitales fijos se transforman en capitales rodantes, y el comercio y la industria reproducen cotidianamente sus fuerzas"¹.

Estos conceptos sirven de anuncio a lo que actualmente es una compleja, pero interesante realidad: la interacción del derecho y la economía. Por cierto que ese imbricarse del derecho en otras ciencias es tendencia cada vez más común en nuestros tiempos, dada la creciente complejidad de la conducta humana, y el insaciable deseo del hombre por comprenderse a sí mismo. Pero siendo el tema económico crucial en el quehacer de nuestra historia nacional actual, su estudio presenta particular interés.

¹ *Consolidação das Leis Civis (Publicação de Governo)*, Rio de Janeiro, 1887, Introducción de Augusto Teixeira de Freitas.

Centraremos nuestra atención en un fenómeno concreto de este amplio campo: el de la concentración empresarial. La diversidad de problemas que plantea, el vacío que encontramos tanto en la legislación como en la experiencia nacional, son puntos que hacen de ello un desafío especial. Procuremos, por tanto, ver de qué se trata, y vislumbrar así la génesis de una serie de interesantes problemas, que se extienden a varias de las ramas del ordenamiento jurídico.

Antes de comenzar, tratemos de anticipar cuáles son las dificultades que pueden complicar nuestra comprensión del problema:

a) La primera deriva de las implicaciones que tiene, en cuanto requiere, además de un manejo cómodo de la normativa societaria, una permanente remisión al estudio de temas básicos del derecho, como lo es el de la personalidad jurídica² y nos introduce al funcionamiento de gran cantidad de instituciones, desde el derecho internacional público, hasta la regulación de la oferta de títulos en una Bolsa de Valores.

b) Además, obliga a quienes estamos acostumbrados a razonar "en jurídico", a analizar temas ajenos a nuestro campo, siendo muchos de los fenómenos que enfrentamos, cuestiones estrictamente económicas³.

c) Por último, el grave atraso que padece nuestro país nos obliga a recurrir permanentemente a la legislación, doctrina y experiencia extranjeras. Confiamos en que el estudio de ellas nos evite errores futuros.

² García Padilla, Miguel, La personalidad jurídica y las unidades económicas, en "Revista Investigación Fiscal", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, DF, dic. 1971. "La esencia del problema queda esclarecida si se concluye que las unidades económicas tienen personalidad jurídica, dado que ésta es el medio conductor de la jurisdicción, necesario para que les pueda ser aplicado el derecho".

³ Ferro Astray, José A. Apuntes para una estructuración jurídica de la concentración empresarial, Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, en "Revista Jurídica de San Isidro", n° 12-13, p. 93. "Reconocamos que el tema es mucho más que jurídico. Si las empresas se fusionan, celebran acuerdos que condicionan su actuación, o sellan pactos que las vinculan transitoria o definitivamente, lo hacen con una finalidad esencialmente económica. Como, por otra parte, esas uniones se dan lo más frecuentemente respecto de grandes empresas, el punto comprometido es... el de la actitud que el Estado debe asumir en el caso, desde el punto de vista del interés general".

2. EL INICIO: DE LA MACRO-PRODUCCIÓN A LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

El antiguo esquema clásico del proceso productivo, que arrancaba de una ponderación igualitaria de los factores, ha sido reemplazado por una visión masiva de la producción, en la que dos son los factores de peso: el capital y la tecnología⁴. Ambos son bienes económicos muy preciados, por lo tanto escasos y onerosos. También tienen en común una aptitud natural al desplazamiento, de modo que podemos afirmar que no encuentran fronteras naturales.

Esta nueva manifestación del proceso productivo en nuestro siglo, ha determinado la reestructuración de varios conceptos de antigua data. Uno de ellos, que nos interesa particularmente, es el concepto de propiedad. Recordando lo dicho por Freitas, podemos sostener que la antigua fuente principal de riquezas, los inmuebles, ha sido desplazada por los valores mobiliarios, entre ellos la acción de la sociedad anónima, que por su valor representativo de derechos sobre un patrimonio independiente, es un gran instrumento para la movilización del capital. Es este concepto de propiedad mobiliaria el más apto para responder a las necesidades productivas de nuestra sociedad.

Por lo tanto, frente al antiguo y estático concepto de propiedad, ésta se nos presenta hoy en dos manifestaciones principales:

- a) La propiedad de consumo.
- b) La propiedad de producción, clave de las economías fundadas en la existencia de un mercado, cuyo carácter presuntamente "libre", se ve fácticamente desvirtuado por una serie de limitaciones a la libertad, que responden a muy diversas causas. Esto es un hecho.

A su vez, esta propiedad de producción se manifiesta en dos estadios distintos. En uno, aunque no manejada por su titular, su administración tiene como fin la producción de utilidades que revierten al propietario mismo. Otro, dominado y controlado por los representantes de los propietarios pasivos, que participa activamente en las modalidades del

⁴ Krasteln, Heinrich. *The law of international cartels*, Cornell University Press, p. 52. Radway, Robert J., *Antitrust, traspase de tecnología y joint ventures en el desarrollo latinoamericano*, EDCO, 1984-195.

nuevo proceso productivo, según designios que escapan a la decisión de quienes aparecen como sus legítimos o "formales" propietarios.

Se ha generado un sistema en virtud del cual el *wealth holding* (propiedad) y *wealth circulation* (circulación de la riqueza) mantienen su liquidez por medio de los cambios, pero sólo psicológicamente están conectados con el sistema de reunión y aplicación del capital, del que dependen la producción y la empresa actual. Ese divorcio entre los propietarios de la riqueza y el control del proceso productivo, impide encontrar una justificación de él basada en las antiguas premisas económicas o, como mínimo, nos obliga a plantear su reformulación³.

3. MANIFESTACIÓN DEL CAMBIO

Para dar un marco al proceso de producción de este siglo XX, podemos señalar tres tendencias principales que lo caracterizan:

- a) La creciente concentración empresarial.
- b) La creciente dispersión de los accionistas.

corporativa y cambios.

producción, signada por titular de cada uno de lo otra, propia de socie- m que los factores son el sistema: los empresa-

ducción industrial en minante de la sociedad permite captar mejor las Los problemas que se on los que surgen de las dificultades nacen a realidad económica car- trial en masa y categorí- dad"⁴.

and private property, New

cia y de los bienes (materia-

La creciente dispersión entre accionistas y el control de la producción que se separa de su control y la participación activa y vigilante de los factores intervinientes, ha sucedido con exigencias masificadas, e conducidos por los coordinadores de rios.

Como señala Ascarelli, "la pro- masa constituye la característica del moderno... es el punto de vista que peculiaridades del mundo moderno, plantean en el derecho moderno, a una producción industrial en masa y menudo de la discordancia entre una caracterizada por la producción indust- rias jurídicas elaboradas con anterior

³ Berle, Adolf A. *The modern corporation*. New York, 1967.

⁴ Ascarelli, Tullio. *Tesis de la concurrencia*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 14 y siguientes.

Y si a ese carácter de la sociedad industrial, sumamos el factor de la información, que caracteriza y marcará los últimos años de este siglo, nos encontramos con que los conceptos sobre los que se estructuraba la economía clásica, han pasado a ser obsoletos: riqueza, propiedad privada, competencia, lucro, empresa e iniciativa individual⁷.

Nuevos conceptos deben ser forjados para responder a nuevas realidades, a un nuevo cuadro en las relaciones económicas.

De estos cambios, el que más nos interesa destacar es cómo el rendimiento económico, la eficiencia, que en un mercado altamente competitivo es esencial, ha sido desvirtuado por las magnitudes de los centros de poder económico⁸. Son las grandes compañías las que señalan los límites de la vida económica y quienes llevan a los individuos los bienes de consumo. Aunque quizá no con tanta fuerza en estos últimos años, la aglomeración de las unidades de producción para constituir grandes centros de poder económico, fue durante varias décadas una marcada tendencia de atracción centrípeta, que acarrea cada vez mayores agregados de riqueza, a la par que la concentración del control de ella. La unidad económica pasó a ser la gran empresa, cuyas utilidades aumentaban en una proporción mayor que las de las demás, de menor tamaño.

Sin embargo, aquello que pudo actuar inicialmente como una tendencia general, respuesta a una determinada realidad económica, aparece hoy como un mecanismo jurídico, de gran complejidad intrínseca, por cierto, útil para alcanzar objetivos específicos deseados, que debido a su magnitud económica, impiden el recurso a otras metodologías.

4. MECÁNICA DEL CAMBIO

Cabe preguntarse sobre cuáles fueron los medios para lograr la formación de esos grandes núcleos de poder económico. Veamos.

⁷ Private Enterprise in a Post-industrial society n° 2. Business and Developing Countries. A Study of the Role of Private Enterprise in Economic Development, New York, Praeger Pub., 1978, p. 13 y siguientes. "Estamos entrando a un mundo en el cual el precio de las telecomunicaciones no dependerá de la distancia... no podrá así la distancia ningún límite extra a la voluntad humana o el equipamiento".

⁸ Hahn, Robert W., Market power and transferable property rights, en "The Quarterly Journal of Economics", nov. 1984, p. 753 y siguientes.

- a) La reinversión de las propias ganancias, mecanismo usado inicialmente.
- b) La incorporación de nuevos capitales, a los cuales se accedió por la venta pública de acciones en el mercado (*open corporations*).
- c) La concentración societaria, que presenta dos modalidades principales: la coordinación y la subordinación, según el modo como se distribuya el poder de decisión entre las involucradas.

Este tercer modo ha sido el más frecuente en las sociedades industriales y posindustriales. Y a ese proceder económico ha sido necesario dar una regulación jurídica adecuada a las nuevas necesidades de la producción. Encontrar formas jurídicas que combinen los intereses en juego, logrando una armonía que impida el desmedido predominio de uno sobre otro, y que simultáneamente dé una respuesta satisfactoria a las necesidades de cada uno, es el papel que el derecho está llamado a cumplir. Pero siendo éste un *Macro-Fenómeno*, son muchos y muy diversos los intereses comprometidos, de manera que ese equilibrio o armonía no suele ser fácil de conseguir.

La complejidad se hace aún mayor si se atiende a que la concentración de empresas implica generalmente algo más que un aumento de poder económico. Es también fuente de un poder ajeno al mercado, que se manifiesta a través del dominio de la información, de la consideración social que las empresas adquieren y la influencia política que ejercen⁹.

Cabe recordar que muchas veces el derecho no hace más que plasmar lo que los hechos han verificado. Pero también es la ley un instrumento fundamental para impulsar cualquier evolución en las formas de actividad de la sociedad moderna. Por tanto, el análisis de la legislación y experiencia extranjera será útil para alcanzar en nuestro medio un ordenamiento a la vez flexible y amplio, orientado a alcanzar el equilibrio de intereses antes mencionado.

5. HISTORIA DEL CAMBIO

El fenómeno de la concentración empresarial actuó como respuesta a una serie de circunstancias económicas.

⁹ Goldman, Berthold - Lyon Caen, Antoine. *Derecho comercial europeo*, p. 438.

Como tendencia genérica, alcanza su manifestación más importante con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial¹⁹. Por aquel entonces se produjo una expansión en los mercados, que se tradujo en la necesidad de las empresas de aunar esfuerzos a fin de responder a las nuevas exigencias de la sociedad consumidora.

El abandono de los sistemas monetarios rígidos, por otros en los cuales el manejo de la moneda quedaba absolutamente en manos del Estado, que operaba a discreción con su propio banco (Banco Central), permitió valerse del instrumento monetario para generar situaciones de expansión económica. Todo contribuyó a permitir la deseada y necesaria expansión, sin prever las consecuencias que provocaría a un planeta, en el cual el punto de partida de los distintos sectores implicados en la competencia no era el mismo.

La posición de Estados Unidos de América después de la guerra, era notablemente ventajosa, en comparación con la Europa destruida. El polo de atracción económica se situó definitivamente en Washington, dato confirmado por la creación del Fondo Monetario Internacional, organismo encargado de supervisar las políticas monetarias y su regulación, que fijó su sede en aquella ciudad.

Todo esto permite intuir que no era equivalente la situación de las empresas norteamericanas y la de las europeas. Por ende, tampoco la legislación relativa al tema que estudiamos sería equivalente. Brevemente podemos señalar que la tarea del legislador en Estados Unidos fue regular el mercado interno, es decir la situación de las empresas norteamericanas y sus comportamientos recíprocos (al menos durante los primeros años, y hasta que sufrieron en 1973 la crisis resultante del aumento del precio del petróleo crudo, medida de una suerte de concentración de países empresarios, la OPEP). En cambio, en Europa y los demás países industriales, el problema consistió en proteger de alguna manera sus empresas nacientes contra la agresión económica que sufrían, a consecuencia de la índole explosiva de la economía norteamericana.

De ahí que en Estados Unidos se procurara asegurar estrictamente la aplicación de las cláusulas constitucionales. Éstas, hijas del liberalismo del siglo xviii, habían sido las creadoras de un mercado competitivo y eficiente. No se veía con buenos ojos el crecimiento de las empresas, el cual

¹⁹ Kronsbein, *The law of international trade*, p. 3.

se temía que acarrearía la formación de monopolios, enemigo primero de la economía de mercado. Por otro lado, se confió en el gobierno para evitar tales formaciones. Las primeras medidas se adoptaron a fines del siglo pasado (p.e.), la Sherman Act de 1889). Simultáneamente, el sistema del Common Law resultó mucho más flexible y adecuado al pragmatismo anglosajón, como lo demuestra la jurisprudencia en estos temas de la Suprema Corte de los Estados Unidos¹¹.

La situación europea era absolutamente diferente. El protagonismo estatal en la reconstrucción fue, aunque en distinta proporción según el país, de gran importancia. El apoyo brindado por Estados Unidos por medio del Plan Marshall, la eficiente administración de los gobiernos de posguerra y el esfuerzo de cada pueblo, permitió conjuntamente llevar a una Europa destruida a niveles de vida similares a aquel de que gozaba el pueblo norteamericano.

Pero también los problemas que se plantearon fueron diferentes. Europa era un mercado distinto del norteamericano. El poder adquisitivo de la población no fue tan elevado ni la expansión económica, aunque importante, tan explosiva como la norteamericana. De ahí que la unión para integrar una comunidad económica fuera casi un imperativo. En Roma, al firmarse el Tratado constitutivo del Mercado Común Europeo, entre los aspectos que se contemplan expresamente, está el tema de la formación de las grandes unidades económicas, resultantes de los procesos de concentración empresarial.

A diferencia de Estados Unidos, en donde los grandes grupos se presumían negativos, distorsionantes del régimen económico capitalista, en Europa el principio fue su tolerancia y aceptación, a menos que se probaran sus efectos perjudiciales. Solamente se tenían como "incompatibles con el Mercado Común" los acuerdos que tuvieran por objeto o como efecto "obstaculizar, limitar o falsear el normal juego de la competencia en el interior del Mercado Común". Tampoco admite este Tratado, "en la medida que sea perjudicial al comercio entre los Estados miembros, la explotación por una o más empresas de manera abusiva de una situación de predominio en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo".

¹¹ Véase, por ejemplo, para el tema del monopolio "Standard Oil v. United States" (1911), "United States v. American Tobacco" (1911), etcétera.

Por lo tanto, en Europa se facilitó la formación de los núcleos empresarios concentrados, quizá para hacer frente a la poderosa economía norteamericana, que invadió los mercados del mundo con sus productos. Esta tendencia a la concentración no fue pareja en todos los países y actualmente tiende a decrecer. Goldman y Lyon Caen se preguntan si la era de las concentraciones no está a punto de concluir¹².

Posiblemente ya no pueda hablarse de una tendencia hacia la concentración empresarial, porque ello fue producto de una circunstancia económica diferente de la actual. Sin embargo, el instrumento de la concentración se presenta hoy como un medio técnico jurídico, eficaz para alcanzar ciertos objetivos que por su envergadura no puede encarar una economía individual. De ahí que la utilidad de las distintas figuras de concentración resulta exclusivamente de la finalidad que se persigue con ella.

Esta perspectiva permitirá despejar del fenómeno gran cantidad de factores políticos que actuaron probablemente en su gestación, y de ese modo lograr una solución jurídica más clara del tema.

¹² Goldman - Lyon Caen, *Derecho comercial europeo*, p. 499.