

Énfasis Investigativos en Derecho Mercantil y Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS Y FUSIONES EN EL RÉGIMEN COMPETITIVO ARGENTINO

Carlos Molina Sandoval

Doctor en Derecho Universidad de Cordoba Argentina

Profesor Universidad de Cordoba Argentina

Sección Doctrina

Resumen

Las concentraciones pueden tener consecuencias económicas en perjuicio de la libre competencia y también causar un deterioro al interés económico en general. El nuevo régimen competitivo argentino prohíbe aquellas concentraciones que puedan tener un efecto adverso para la competencia o al interés económico. Sin embargo, lo novedoso de este es que exige una notificación previa a la realización de ciertas concentraciones que permite un actuar más efectivo de la autoridad administrativa. Este régimen ya se encontraba a nivel internacional como en usa y algunos países europeos.

Palabras Claves

Concentraciones, nuevo régimen competitivo.

Abstract

Concentrations can have serious economic detriment of free competition and also cause a deterioration in general economic

interest. Argentina's new competitive system prohibits those mergers likely to have an adverse effect on competition or in economic interest. However, the novelty of this is that it requires prior notification to the completion of certain concentrations that allows more effective action by the administrative authority. This scheme was already internationally and in the U.S. and some European countries.

Key Words

Concentrations, new competitive system.

Sumario

- I. Innovación en el régimen competitivo
- II. Sentido del sistema
- III. Panorama mundial
- IV. Estructura del régimen de concentraciones argentino
- V. Concentraciones
 - A. El art, 6, LDC
 - B. Caracterización
 - C. Tipos de concentración
 - 1. Absoluta o relativa
 - 2. Económica o jurídica
 - D. Concentración horizontal
 - E. Integración vertical
 - F Conglomerado
 - G. Organización jurídica
 - 1. Alteración de la estructura societaria
 - 2. No alteración de la organización societaria
 - 3. Estructura contractual
- VI. La empresa y la Ley de Defensa de la Competencia

- A. Noción económica
- B. Imputación de derechos y obligaciones
- C. La noción en la LDC
- VII. Control
 - A. Nociones habituales
 - B. Esfera societaria
 - C. Sentido dinámico
 - D. Clases de control
 - 1. Control interno
 - 1,1. Control de derecho
 - 1,2. Control de hecho
 - 1,3. Control directo e indirecto
 - 2. Control externo
 - 2,1. Control de derecho
 - 2,2. Control de hecho
 - E. Forma de ejercicio
 - F. Correcta extensión del término control en la LDC
- VIII. Enumeración ejemplificativa
- IX. Fusión
 - A. Nociones conceptuales
 - B. Tipos de fusión societaria
 - C. Fusión de facto
 - D. Sentido concurrencial
- X. Transferencia de fondo de comercio
 - A. Fondo de comercio
 - B. Efectos competitivos

XI. Adquisición de participaciones sociales

- A. El texto de la norma
- B. Sentido del precepto
- C. Participaciones sociales
- D. Cualquier derecho sobre participaciones sociales
- E. Pacto de accionistas
- F. Influencia substancial

XII. Toma de control o influencia determinante en la toma de decisiones

- A. Enunciación del precepto
- B. Enunciativa
- C. Acuerdo o acto
- D. Transferencia de activos
 - 1. Bilateral o unilateral
 - 2. Fáctica o jurídica
 - 3. Transferencia dominial u otras modalidades
 - 4. Transferencia fáctica
 - 5. Temporalidad
 - 6. Transferencia a persona o grupo económico
 - 7. Tipo de bienes y porcentajes
 - 8. Influencia determinante
 - 9. Administración ordinaria y extraordinaria

XIII. Prohibición de conductas anticompetitivas

I. Innovación en el régimen competitivo

Una de las grandes innovaciones del régimen competitivo está constituido por el control de concentraciones y fusiones previsto en el capítulo III de la LDC, Este control previo, si bien fue solicitado seriamente por la doctrina en el régimen anterior (SOLDANO & COLOMA, 1997, 1110), no se encontraba regulado, Por ello se puede decir que constituye la innovación fundamental del esquema competitivo: básicamente consiste en la prohibición de las concentraciones que puedan afectar la competencia con posibilidad de perjuicio al interés económico general y en la obligación de notificar previamente los actos de concentración.

La primera prohibición no es novedad en nuestro sistema concurrencial, ya que en el art, 1, LDC, prohíbe y sanciona los “actos” (en sentido genérico) que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general.

Las concentraciones se efectivizan mediante actos, con lo que si este acto de concentración produce dichos efectos, se transforma en anticompetitivo y por ello sancionable, Mediante este sistema preventivo la autoridad competente podrá advertir que concentraciones generarán más beneficios para el interés económico general que inconvenientes.

Ahora bien, lo novedoso del sistema es la notificación exigida en el art, 8, LDC, Este recaudo previo para la realización de ciertas concentraciones configura una importante innovación y propenderá a una intervención más activa de la autoridad administrativa de control, Pero para que este mecanismo funcione correctamente deberá incentivarse la celeridad en el trámite: un procedimiento dilatado y distendido en el tiempo no cumplirá adecuadamente sus

objetivos e incrementará los costos de ineficiencia que produce la no autorización en tiempo oportuno.

II. Sentido del sistema

Básicamente la regulación de este sistema procura enfatizar la tutela de la competencia y el correcto funcionamiento del mercado mediante la prohibición y control previo de las concentraciones que tengan efectos distorsivos del mercado competitivo, Configura una manera de evitar la consolidación de poderes económicos que, por sus características, constituirán factor de distorsión competitiva¹.

Pero debe formularse una aclaración: la LDC no prohíbe la formación de poderes económicos (de hecho, la misma ley permite gozar de posición dominante -arts, 4 y 5, LDC-), sino que busca controlar mediante una notificación la estructuración del poder económico en el mercado, sancionando sólo aquellos que puedan afectar el interés económico general (art, 7, LDC).

III. Panorama mundial

Este procedimiento (de corte informativo) ya existía en el derecho comparado, Así en USA, desde principios de siglo, existió un sistema que prohibía las fusiones con efectos distorsivos del mercado, pero en la década del setenta se implementó un esquema por el cual las empresas tienen la obligación de informar con cierta anticipación a la Comisión Federal de Comercio y a la División Antitrust del Departamento de Justicia las operaciones de concentración que excedan cierto monto a los fines de la autorización², Este procedimiento fue asumido también en el derecho europeo años más tarde.

Así, la Comunidad Europea en el año 1,989 sancionó un procedimiento similar³ que exigía la previa comunicación del acto de concentración⁴, siempre bajo el límite de lo razonable (IMMENGA, 1997, 1110), Siguiendo esta línea los ordenamientos mexicanos (1,992) y brasileño (1,994) también adoptaron un esquema similar.

IV. Estructura del régimen de concentraciones argentino

En la ley argentina el control de concentraciones y fusiones ha sido regulado en un único capítulo (capítulo III) en el cual se regulan

aspectos sustanciales y formales, Si bien se denomina “De las concentraciones y fusiones”, lo correcto hubiese sido simplemente la alusión de concentraciones, pues la fusión importa una especie de concentración, Prueba de ello es que en la enumeración del art, 6, LDC, incluye a la fusión como un tipo de concentración, Pero se trata de un error de denominación que en nada afecta la esencia de la ley competitiva.

A diferencia de los dos capítulos anteriores en los que sólo se norman cuestiones sustanciales (diferenciando la estructuración procedimental para el capítulo VI y la faz punitiva en el capítulo VII), en este capítulo dichas cuestiones se entremezclan, Así en los arts, 6, 7, 8, 9 y 10 se establece la concepción de concentración económica (art, 6, LDC), la prohibición de aquellas que distorsionen la competencia (art, 7, LDC), la obligación de notificar previamente ciertas concentraciones (art, 8, LDC), las sanciones (arts, 8 y 9, LDC) y las excepciones a la obligación de notificar (art, 10).

Pero, a renglón seguido, los preceptos siguientes regulan cuestiones netamente procesales (arts, 11 a 16, LDC), Estas cuestiones debe vincularse con la reglamentación establecida por el decreto nacional 89/2,001 y las normas de procedimiento para el trámite de notificaciones obligatorias de concentraciones económicas previstas en el capítulo III de la ley 25,156 incluida en el anexo II del dictamen N° 326 de 1,999 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Sin perjuicio de ello, todo este procedimiento preventivo debe integrarse con todo el plexo competitivo y fundamentalmente con las normas procedimentales, punitivas y de otra naturaleza de los capítulos VI y VII, VIII y IX.V. Concentraciones

V.1. El art. 6. LDC

La LDC incorpora una noción especial de concentración económica en su art, 6, Básicamente lo conceptualiza como “la toma de control de una o varias empresas” a través de una serie abierta de actos siempre que importen transferencia de los activos o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración de una empresa.

Concretamente el art, 6, LDC, señala: A los efectos de esta ley se entienden 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 la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;
- d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

V.2. Caracterización

Como se desprende de la estructuración de la norma, la noción de concentración económica en este precepto incluye una idea fuerte que es la “toma de control de una empresa” (art, 6, 1º párr., LDC), Pero, en forma ejemplificativa señala algunos caminos (art, 6, incs, a, b y c, LDC), para concluir en una norma residual que abarque todo acuerdo o acto de transferencia de activos u otorgamiento de influencia determinante en la dirección administrativa de la empresa.

Como puede verse la idea de concentración en el régimen competencia, además de confusa, tiene cierta amplitud que permite abarcar muchas situaciones económicas.

Básicamente la con“centración” (como su nombre lo indica y en una acepción corriente) implica la *reunión de varias partes en un centro*, Si la reunión tiene un matiz económico o empresarial, la concentración tendrá ese carácter y básicamente importará una

unión de empresas o centros económicos en una estructura más amplia y abaricante.

Se ha dicho que la concentración empresaria es el “proceso que conduce a la unificación de empresas, hasta entonces independientes, en nuevas unidades económicas para formar empresas cada vez mayores y, con ello, simultáneamente, a la disminución del número de empresas independientes en un mercado determinado y aun en el conjunto de una economía” EMMERICH Y SONNENSCHNEIN, 1989, 10 cit. Por MANÓVIL (1988, 66).

En esta idea, la concentración (como unión de unidades económicas) importa una unidad económica de dimensiones mayores y procura de una cierta optimización en la dinámica administrativa y de los negocios⁵. Básicamente se procura una comunicación de recursos económicos y otros factores (humanos, organizativos, etc.) con una misma finalidad y en procura de un mejor rendimiento de las potencialidades de capital vinculados de formas variadas pero con visos de cierta duración en el tiempo.

V.3. Tipos de concentración

V.3.1. Absoluta o relativa

La concentración, se ha señalado, puede presentarse de dos formas: relativa, cuando consiste en un aumento de las diferencias de dimensión de las empresas; y absoluta, cuando se presenta un crecimiento más rápido o un achicamiento más lento de las empresas más grandes respecto del resto de las empresas (MANÓVIL, 1998, 67).

Pero si bien la concentración es una idea u operación esencialmente económica con una finalidad que participa de tales características, su desarrollo debe llevarse a cabo mediante medios jurídicos que permitan una adecuación entre la finalidad económica y la forma jurídica.

V.3.2. Económica o jurídica

Por ello, cabe efectuar el análisis según dos ópticas: la económica y la jurídica, Desde lo económico la mayoría de los autores

han distinguido a los fenómenos concentrativos de integración horizontal, vertical o conglomerado.

V.4. Concentración horizontal

La de corte horizontal importa la concentración de varias unidades empresarias que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar en un *mercado de producto* (aun cuando el ámbito geográfico no permita la identificación de ambas empresas en un mismo mercado relevante).

Pueden ser “empresas competidoras”, pues participan en un mismo mercado de producto y geográfico; o no, Aunque en este último caso se procurará mediante la integración horizontal la ampliación del mercado regional de una empresa o grupo empresario, Básicamente la horizontalidad de la concentración está definida por el producto a comercializar y en el mercado de dicho producto se incluyen también aquellos que tienen algún matiz que permite la razonable sustitución.

Una integración será horizontal independientemente del tamaño de las empresas que se concentren y si una de las unidades económicas preexistentes gozaba de posición de dominio en el mercado.

Lo esencial radica en la rama de actividad y en la competición en un rubro del mercado, Por ello se ha dicho que esta forma integrativa busca obtener una posición de dominio en el mercado o monopolio (situaciones que como se vio no son ilícita per se), Y ello es lógico, pues la unión de varias empresas, entre otras cosas, procura un poder económico más intenso en el mercado; a mayor concentración, mayor poder económico y mayor acercamiento a la noción económica de monopolio.

Las empresas mediante esta forma de integración horizontal busca las ventajas de los monopolios (economías productivas a gran escala, eliminación de ineficiencia, celeridad y ampliación de métodos productivos, investigación y mejoramiento de productos, ventajas fiscales y financieras, etc.).

Si bien la integración importa una reunión de varias unidades económicas con una finalidad empresarial común, la característica

de la de tipo horizontal no necesariamente conlleva a la continuación de las actividades productivas de todas las empresas concentradas, Pero ello no importa señalar -directa o indirectamente- que la finalidad es simplemente la lisa y llana eliminación de competidores (actuales o potenciales).

A la postre dicho efecto puede producirse: sea que una de las empresas deje de producir, sea que lo haga de manera integrada con sus competidores, No obstante ello, si los agentes integrados no participan de un mismo mercado regional, dicho efecto no se producirá.

V.5. Integración vertical

La integración vertical tiene íntima relación con la cadena productiva, Así, el circuito económico del producto importa los pasos de la transformación de los elementos que conforman un determinado producto hasta su distribución y ofrecimiento en el mercado.

Básicamente procura la integración de la empresa con otras que se encuentren en etapas diversas de dicha cadena productiva, Procura la concentración entre los agentes hasta el abarcamiento de puntos productivos claves, sobre todo en determinadas materias primas cuyos costos de adquisición pueden alterar notablemente la ecuación económica del productor.

Así, la concentración se realiza con los operadores económicos de la etapa productiva previa (ascendente) o posterior (descendente), Procura la eliminación de los costos implícitos que se encuentran en el circuito económico, Dicha concentración puede ser gradual (esto es ir abarcando mediante integración las distintas etapas de comercialización) o total (cuando se procura abarcar mediante una misma concentración todas los escalones productivos).

También se abarca, como enseña MANÓVIL (1998, 88), el caso de integraciones en *forma de tenaza*, en la que la empresa centro no integra al proveedor directo, sino al proveedor de su proveedor, o al cliente de su cliente, ya que la empresa no integrada se encuentra inmersa en una doble presión (del operador anterior y el posterior).

No obstante ello, tal posibilidad (integración en forma de tenaza) debe interpretarse con cierta razonabilidad y teniendo principalmente en cuenta los efectos de la integración, Así la integración de un agente económico encargado de la distribución al consumidor con un proveedor de materias primas constituye un mero conglomerado, si desde el punto de vista económico, esta integración no genera la aludida presión y hasta tanto no se produzca la unión de las escalas productivas, Sólo en caso de unión la forma integrativa (o una configuración clara del efecto antes señalado) será vertical, Ello así, pues en esencia son actividades diversas cuya vinculación es remota y carente de efectos económicos directos.

V.6. Conglomerado

La noción de conglomerado tiene un cierto matiz residual (o de exclusión) y abarca toda integración que no tenga carácter netamente vertical u horizontal; la concentración debe ser de núcleos económicos que abarquen actividades distintas y que no tengan relación económica que afecte (positiva o negativamente) la actividad⁶.

En general, una empresa buscará este tipo de concentración cuando las posibilidades de integrarse horizontal o verticalmente no son rentables o factibles, Aunque ello no será siempre así, pues muchas veces se generan proyectos de inversión en los cuales la tasa de rentabilidad del capital inmovilizado es altamente beneficiosa en relación a las tasas que otorgan las entidades financieras o la compra de stock (que permanecería improductivo).

En relación a los productos, el conglomerado puede abarcar la producción de bienes o servicios distintos (que no participan del mismo mercado) pero que su realización, terminación y distribución puedan tener importantes puntos de contacto.

La inversión en actividades de esta naturaleza si bien no importa un quebrantamiento directo de la competencia (pues no existe un mismo mercado), si puede ubicar al sujeto inversor en una situación potencia de posición dominante, Ello así pues le permite abarcar rápidamente el mercado mediante una estructura productiva adecuada y una vía de distribución eficaz.

En este punto se ha dicho CHAMPAUD, (1969, 120) que para “reconocer” una estructura jurídica de agrupación deben considerarse dos factores: i) *unidad de decisión económica* que resulta de la estructura; ii) *control* sobre los patrimonios afectados.

Nuestra LDC, en su art, 6, solamente sitúa su atención en la toma de control de una o varias empresas, no aludiendo a la unidad de decisión económica, No obstante ello, el sentido común nos señala que el control usualmente lleva insita la noción de unidad de decisiones económicas ya que es la manera más adecuada de desarrollarlo, Y, que el concepto fuerte de estos elementos es el control, aun que sin unidad decisional el agrupamiento se transformaría en una situación verdaderamente caótica, De nada sirve el control por el control mismo, sin un régimen unitario medianamente estable de decisiones económicas.

Por ello, gran parte del análisis competitivo girará en torno a la idea de “control”, aun cuando en dichas situaciones será indispensable su comprensión en un contexto de decisiones unitarias.

V.7. Organización jurídica

Como se había adelantado, varios han sido los vehículos jurídicos para lograr la concentración económica, Cada instrumento dependerá de las necesidades económicas o de otra índole de los sujetos participantes de una integración, Así, muchas son las alternativas y su clasificaciones también, De todas las posibilidades (y sin negar la utilidad analítica que todas las agrupaciones tienen) CHAMPAUD (1969, 123) básicamente distingue entre agrupaciones de estructura contractual y agrupaciones de estructura societaria, debiendo distinguirse según se altere la estructura interna de la sociedad o no (MANÓVIL, 1998, 127).

V.7.1. Alteración de la estructura societaria

Alteran la estructura societaria la fusión y la escisión, ya que la concentración llevada a cabo mediante esta figura (societaria) importa que dos o más sociedades se disuelvan sin liquidarse para constituir una nueva sociedad o cuando una ya existente se incorpora a otra u otras (art, 82, LSC), La fusión importa, necesariamente, la

disolución de algunas sociedades según el tipo de fusión de que se trate.

Por otro lado, la escisión importa una desintegración de una sociedad en varias sociedades y por ello, esta idea pareciera permanecer al margen de la integración económica, Pero, merece destacarse que en el fenómeno de concentración importa, muchas veces, un vehículo para lograr que aquella se realice adecuadamente.

Una misma empresa puede abarcar varias actividades económicas: mediante la escisión se permite la separación de la sociedad de una determinada actividad para su posterior integración con otros entes societarios, sea mediante una fusión o mediante otro tipo de agrupación económica, Por ello, muchas veces la escisión no importará directamente un fenómeno concentrativo, sino un paso previo a ello, En una situación similar puede hallarse la transformación (art, 74 y ss., LSC).

V.7.2. No alteración de la organización societaria

No alteran la estructura societaria los “grupos societarios”, por cuando importa la adquisición por parte de una sociedad de ciertas participaciones sociales de otros entes societarios, Aquí no se produce la confusión patrimonial que ocurre en la fusión, sino que los patrimonios *permanecen independientes*, Pero ello no excluye la idea de que algunas personas jurídicas se hallen en condición de dependencia jurídica (controladas).

En esta idea, y según la “intesidad del control” (CHAMPAUD, 1969,128) se han jerarquizado en cinco grados:

- i) participación que representa una parte poco importante del capital, de manera tal que la sociedad no ejerza dominación (aunque no se excluye toda idea de control);
- ii) cuando el control es compartido o poco seguro;
- iii) participación suficiente para ejercer un control minoritario no compartido;
- iv) una participación superior al cincuenta por ciento (del que resulta un control mayoritario);
- v) la participación comprende todas o casi todas las acciones de la filial.

Tampoco la alteran las sociedades de sociedades que han sido definidas como “el acuerdo de colaboración que celebran dos o más sociedades en virtud del cual adquieren el control igualitario de una sociedad con el fin de alcanzar objetivos económicos generalmente estables o de cierta duración” (QUAGLIA , 2001, 217; PALMERO, BISIO DE VIANO, & MERCADO DE SALA, MARÍA CRISTINA ,1977).

Esta forma de concentración, llamada “flexible”, permite que pequeñas sociedades se agrupen (concentren) sin perder su individualidad e independencia jurídica y generan una *unidad de decisión económica* (CHAMPAUD, 1969,128), Básicamente apuntan a actividades, beneficiosas para los integrantes de la integración, pero cuya realización resulta costosa para cada empresa individualmente considerada, Importa una forma de control colectivo o compartido, en donde los agentes económicos deben coordinar sus formas o conductas participativas sin que sea indispensable tener en cuenta la noción cuantitativa de la misma.

V.7.3. Estructura contractual

La concentración económica también puede configurarse de manera un acuerdo de voluntades de tipo contractual, Las ventajas, obviamente, que descienden de la estructura contractual se sitúa en la libertad de los contratantes, El ámbito de libertad es mayor y se halla sometido a un menor número de formalidades que las estructuras societarias, Los vínculos contractuales propenderán a la coordinación y corregulación (OTAEGUI, 1984, 47) y no necesariamente debe vincular a personas societarias; pueden abarcar a empresas cuyos titulares sean personas físicas.

Así, CHAMPAUD (1969) incluye a los “contratos de unión” que son convenciones que persiguen traducir en el campo económico el viejo principio según el cual la unión hace la fuerza, procurándose en limitar al máximo posible la renuncia de la soberanía de la que se nutre, Esto es posible, pues: o bien el objeto se halla limitado en el tiempo; o bien, se limita a una colaboración parcial.

Por su parte, los “contratos de integración” tienen como objeto crear una unidad de decisión por una combinación original de técnicas jurídicas contractuales tradicionales, Sus características

son que establecen situaciones de desigualdad jurídica (que traducen la desigualdad económica de las sociedades que agrupan) consagrando alguna forma de sometimiento (que deriva de la exclusividad que asegura superavit pero –a la vez- afianza la dominación) (CHAMPAUD,1969,152).

Los casos más comunes son los llamados contratos de distribución, en los cuales se vislumbran muchas de estas características integrativas, Máxime por la vinculación en la actividad que ambas empresas pueden realizar.

También pueden abarcarse los agrupamiento de hecho, los cuales surgen de situaciones –como su nombre lo indica- fácticas que determinan una forma que obstaculiza a la independencia jurídica, En esencia no existe lazos jurídicos que configuren la agrupación, pero el tipo de actividad o ligamen tiene esa consecuencia, Ejemplos de ellos se vislumbran en el dominio financiero o tecnológico.

Finalmente también pueden incluirse otras estructuras de concentración de tipo personal, en la que la concentración y la unidad de poder de decisión pueden derivar de “entendimientos que no alcanzan a tener la fuerza vinculante de un contrato, sino que descansan sobre relaciones y lealtades de tipo estrictamente personal” (MANÓVIL,1998,144), Un claro ejemplo de ello se sitúa en el supuesto de directorios entrecruzados y que son convenios informales en los que se pacta la representación de toda una serie de sociedades, También se abarcan aquellas relaciones de parentesco o amistad que permiten una cierta predisposición del ente.

VI. La empresa y la Ley de Defensa de la Competencia

Al margen de las nociones antes realizadas, de la definición del art, 6, LDC, se vislumbran dos elementos fundamentales que engloban la noción de concentración económica: el “control” de una o varias “empresas”.

VI,1. Noción económica

Previo a introducirnos en la noción de control es menester determinar algunos elementos vinculados con el concepto de empresa, La empresa, como hemos visto, es una noción económica

y no jurídica. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico refiere constantemente a la empresa constantemente, la misma carece de una adecuada sistematización legislativa.

Y ello así, pues la empresa supera las formalidades o estructuras jurídicas. El derecho no siempre es capaz de atrapar la noción de empresa en un entorno en el que muchas de las relaciones jurídicas se transforman en centros imputativos de derechos y obligaciones, Lo esencial en la empresa es la actividad (y la organización de elementos materiales, inmateriales y humanos).

En el derecho comparado se ha puesto énfasis singular en la distinción de la empresa y el empresario, ya que el sistema jurídico (y fundamentalmente el derecho de las crisis económicas) sólo protege a la primera, La atención del derecho se centra en la empresa que es uno de los puntos mínimos irreductibles (átomo) de cualquier sistema económico.

El sistema ha permitido algunas caracterizaciones de la empresa (v.gr, el derecho laboral, fiscal), pero no han sido suficientes para abarcar la implantación jurídica y generalizada del concepto de empresa, La traslación de una noción económica a un sistema jurídico ya organizado.

Es cierto que existe consenso doctrinario unánime en caracterizar a la empresa como una “organización” de diversos elementos, entres los que resaltan el capital y el trabajo, con una finalidad eminentemente productiva de bienes o servicios para ser intercambiados en el mercado, Pero cada extremo normativo está imbuido de valores que no permiten, tampoco, una noción unitaria comprensiva de la empresa.

VI.2. Imputación de derechos y obligaciones

A lo largo del ordenamiento se habla de empresa (como una noción autónoma), pero a la hora de imputar obligaciones o derechos el concepto se transforma en fantasmal y la imputación se realiza en el empresario, La cuestión se complica cuando la empresa misma abarca un conjunto de personas, y esa imputación debe recaer en todas o en algunas de ellas.

La empresa no es sujeto de derecho; es organización de medios económicos y personales, No es la empresa la que contrata, sino el empresario, que es sujeto de derecho, Sólo en el recaen las obligaciones contractuales y extracontractuales vinculadas con la dinámica empresaria.

Pero tampoco existen elementos en el orden jurídico que permitan personificar a la empresa; al menos sin que con ello se afecte la seguridad jurídica, Será el sujeto que, directa o indirectamente, organice esos medios quien podrá transformarla en una organización autogestante, Pero en ese momento la noción misma de empresa no variará: sólo mutará el empresario, que podrá ser una persona jurídica.

Y la historia se vuelve circular: pues a la empresa no le importan los esquemas o límites jurídicos; sólo le importa lo económicamente organizado y la obtención de utilidades apreciables patrimonialmente, Pero al ordenamiento sí le interesa la empresa y su entorno: y por ello busca encorsetarla para una adecuada protección.

Así, la noción misma de empresa es independientemente de la de sujeto jurídico, aunque el derecho busca una razonable conexión para imputar obligaciones y derechos, Así esa vinculación permite que a un mismo sujeto se puedan imponer las consecuencias negociales de varias organizaciones empresariales (siempre que las conductas generadoras de esas consecuencias afiancen dicha conexión).

VI.3. La noción en la LDC

Justamente lo esencial en la noción de empresa es que sólo la *realidad* puede vislumbrar la existencia de una empresa, Cada caso, cada organización, cada hipótesis fáctica dejará ver rasgos que permitirán al intérprete adaptar el supuesto particular al apotegma de la empresa.

Pero esa versatilidad del concepto permite mutar según la época y los intereses generales anejos a la empresa que se pretenden tutelar (el interés general –en el que se incluye el interés económico general-, el de los trabajadores, el del Fisco, el del empresario, etc.).

Sea que se aluda a empresa como “organización de los factores productivos y utilización del trabajo ajeno para la realización del mayor lucro posible” o como “la presencia de un organismo que tiene por finalidad la producción de bienes o servicios destinados al mercado y que goza de autonomía financiera y de gestión” (BUZZONI ZOCCOLA, ANNAMARIA, 1978, 298 citado en MANOVIL, 1998, 43), lo cierto es que el art. 6, LDC, al igual que todo el plexo concurrencial aluden a una entidad (personificada o no, aunque sí organizadora de medios de capital y de trabajo) destinada a la producción de bienes para su inserción en el mercado.

VII. Control

Pero para que haya “concentración económica” es menester que halla control, Y esta noción importa uno de los conceptos más difíciles de aprehender.

VII.1. Nociones habituales

Existen pluralidad de definiciones de control (de una sociedad o de una empresa), pero debe destacarse que es una noción compleja⁸, Es, además, como correctamente lo señalara Abril, un término “ambiguo” y “vago”⁹.

Aún en materia societaria y de defensa de la competencia, el término “control” puede responder a distintos y dispares significados, Sin perjuicio de ello, cuando se alude a “control” en la interrelación del derecho societario y el derecho concurrencial se hace alusión a un nexo (pues para que haya control debe haber por lo menos dos sujetos -controlado y controlante-) de “*dominio, mando, gobierno o dirección*” (MOLINA SANDOVAL, 2004).

Hasta aquí, una noción corriente o usual de la palabra control, El ordenamiento competencial no sólo alude al control societario, sino que abarca una noción más genérica, Por ello, a estos efectos cuadra primero definir el control en el ámbito del derecho societario (SANDOVAL MOLINA, 2001, 2001; 2002) para luego abarcar las ideas más amplias y acordes con el sistema competencial.

VII.2. Esfera societaria

Sin perjuicio de ello y dentro de la esfera societaria, la doctrina ha caracterizado el control como “el poder efectivo de dirección

de los negocios sociales”; como el “derecho de disponer de los bienes de otro como propietario”, Y especifica: “controlar una empresa es tener el control de los bienes que están afectados a ella (derecho de disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de dirigir su actividad económica”, o sea que “controlar una sociedad es tener el control de los bienes sociales (derecho a disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de la actividad económica de la empresa social” (CHAMPAUD,1962, 107 y 161 citado en ALEGRÍA,1978, 303).

Este mismo autor, en otro importante aporte (CHAMPAUD,1969, 121), ha expresado que el control patrimonial es “a la vez el resultado de la unidad de decisión y el mejor medio -si no el único- de asegurar la solidez, la constancia y la duración de esta unidad, Puede definirse como un señorío organizado por medios del derecho, que transfieren a los detenedores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario” Y Agrega: “Por lo que el control es un medio de realizar o conservar la unidad de decisión”¹⁰.

VII.3. Sentido dinámico

Así entendido el control¹¹, el mismo pierde significación si no se lo interpreta en un entorno adecuado, en un sentido activo o vivaz, El control es, por definición, un concepto esencialmente “dinámico”, Una persona controlante¹² que no ejerce dicho control, aunque “potencialmente” mantiene tal condición de controlante, deja de serlo, “suspende” su condición a la deriva de otros sujetos, que “en concreto” pueden ejecutarlo, El control, si no es concebido dinámicamente, no es control; es una *mera* posibilidad, pero sólo posibilidad, Es tan sólo una sombra que incesantemente persigue la vida de la sociedad, pero carece de cuerpo.

Entonces, el control, embebido de *pura relación*, vincula a dos partícipes; es una institución que, ejercida por un sujeto sobre otro, debe canalizarse -y así se hace- mediante diversas maneras, algunas típicamente societarias, otras de corte contractual (JUNYENT BAS & MOLINA , 2009, 295).

VII.4. Clases de control

Así visto, y atendiendo a una caracterización “clásica”, el control, cual “*poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social*” (RIVERA,1997,279), puede ser interno (societario) o externo (contractual), el que puede ejercerse de una manera ‘directa’ o también ‘indirecta’, Desde otra óptica, puede ser *de hecho* o *de derecho*.

VII.4.1. Control interno

En este orden, el “control interno” es aquel en el que el socio, según su capacidad de voto, puede imponer la voluntad social, Vale decir, que es sujeto controlante aquel accionista -en las sociedades anónimas- que posee la participación accionarios “necesaria” para manejar de la decisión social¹³, Debe enfatizarse que el vocablo que se utilizó (“necesaria”) es un término que en su extensión abarca, como veremos, tanto el control minoritario (de hecho) o mayoritario (de derecho).

Este control, el interno, puede ser de derecho o de hecho,*i) Control de derecho*, Llámase *control interno de derecho* -o mayoritario- al que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo (asamblea en las sociedades anónimas o reunió de socios en las sociedades de responsabilidad limitada).

Es decir: cuando quien lo ejerce tiene la mayoría de los votos, calculado sobre la totalidad de los votos posibles según la clase de la sociedad y su contrato o estatuto, Es decir, se trata de una mayoría absoluta y de derecho, que se computa *in abstracto* y sobre la totalidad de los votos posibles (ALEGRÍA,1978, 305).

El control mayoritario depende, como se dijo, del tipo de sociedad y de lo pactado en el estatuto, Así, si para determinados supuestos se hubiese pactado algún sistema de mayoría agravada, sólo tendrá el control de derecho aquel socio que tenga los votos que se requieren para tal decisión colegial, Dependerá, entonces, del caso concreto y del esquema societario planteado al efecto.

No obstante ello, en la doctrina especializada mayoritaria ha predominado el criterio que es suficiente, para hablar de control de derecho -interno, por supuesto-, con que el socio pueda predominar, por su participación accionaria, en las asambleas ordinarias (o equivalente para otros tipos de sociedad).

ii) *Control de hecho*, Con respecto al *control de hecho*, Manóvil ha dicho que “se configura la relación de dominación cuando la controlante no posee la mayoría de capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones” (MANÓVIL, 1998, 305), O, lo que es lo mismo, aquel que se ejerce “de hecho” por la efectiva concurrencia y votación en las asambleas o reuniones a las cuales se toman las decisiones (ALEGRÍA, 1978, 305) ¹⁴, Este control fáctico depende, como se ha dicho, del *ausentismo en las asambleas*, Debido a este fenómeno, casi universal, una minoría -aun sin las mayorías necesarias- puede ejercer el dominio sobre la asamblea de la sociedad, También se ha discutido la extensión temporal que debe contener dicha situación, Concretamente la doctrina se ha cuestionado si se requiere “permanencia” en tal situación fáctica de control o es menester algunos actos aislados de “dominación”, cuestión ésta que deberá -y así se expide la doctrina- resolverse en el caso concreto.

iii) *Control directo e indirecto*, El control interno, a su vez, puede ser directo o indirecto, según como -o mejor: mediante quien- se ejecute, Si se ejerce directamente por el sujeto controlante será, valga de redundancia, directo; si se concreta mediante personas interpuestas, también controladas, será indirecto, El control indirecto, puede ejercerse a través de otros sujetos contralados -por poseer, por ejemplo, las mayorías para determinar su voluntad social-.

Estas consideraciones son aplicables todo tipo de control: de hecho o de derecho, interno o externo.

VII.4.2. Control externo

¿Y el control externo? Este tipo de control, también nominado *contractual*, tiene como fuente principal -aunque no exclusiva- los ligámenes contractuales, Se hizo la aclaración (“aunque

no exclusiva”), pues, si bien en la gran mayoría de los casos el control se ejercerá mediante vínculos contractuales, también puede configurarse mediante otro tipo de relaciones¹⁵, Resulta “emergente de relaciones contractuales y otros vínculos ejercidos por una sociedad directamente sobre otra o a través de otra sociedad interpósita” (RICHARD, & MUIÑO, ORLANDO, 1997, 717).

Este tipo de dominación se diferencia notablemente del “interno”, ya que la participación accionaria no juega ningún papel preponderante y es más difícil determinar la existencia de control (JUNYENT BAS & MOLINA, 2009, 298).

Así, en esta hipótesis “externa”, resulta necesario que se genere el preordenamiento de la actividad del órgano de gestión de la sociedad controlada en lo concerniente a la actividad principal de su objeto, Además, esta situación fáctica deberá ser duradera y completa, pudiéndose probar por cualquier medio la influencia dominante sobre la administración de la sociedad controlada (RICHARD, & MUIÑO, ORLANDO, 1997, 718).

A su vez, al igual que en el caso del control interno, éste -el externo- puede ser de hecho o de derecho,

i) Control de derecho, Este último, también llamado “jurídico”, ha sido definido correctamente por Otaegui: “Es el ejercido en virtud de contratos celebrados entre la sociedad controlante y una sociedad controlada que faculta a la sociedad controlante para impartir instrucciones al directorio u órgano de administración de la sociedad controlada, instrucciones que deben ser acatadas” (OTAEGUI, 1984, 80); cuando tiene como “causa-fin” (OTAEGUI, 1984, 244) el establecimiento del control, Es decir, que se dicho supuesto se da cuando las sociedades integrantes han celebrado un “contrato” con el objeto de constituir un grupo (JAMBRINA, CRISTÓBAL & TSANIS, 1992, 455).

Pero es importante destacar que esta forma de dominación no es lícita en nuestro ordenamiento, No así en Brasil y Alemania¹⁶.

ii) Control de hecho, El control es de hecho cuando surge de vinculaciones -contractuales o no- que unen al controlante y al controlado, y que, si bien no autorizan al primero (sujeto controlante)

a ordenar directamente al órgano de administración del controlado, habilitan la dirección o mando en algunas decisiones que debe tomar el administrador del ente societario¹⁷, Estas vinculación no tienen como objeto directo el ejercicio del *control*, pero surgen relaciones intersocietarias que subordinan algunos sujetos a otros¹⁸.

VII.5. Forma de ejercicio

Este control puede ejercerse de manera exclusiva o colectiva, Así, será “exclusivo” cuando un sujeto adquiere la mayoría del capital social y los derechos de voto de una empresa¹⁹.

Será “conjunto” cuando ese control sea ejercido por dos o más personas que están de acuerdo en el ejercicio del mismo²⁰, La modalidad de ejercicio de este control es a través de un holding o de un convenio de voto²¹.

VII.6. Correcta extensión del término control en la LDC

Pero, como se adelantara, la noción de control en el ámbito concurrencial es más amplia que en la norma societaria, Es un control más económico que jurídico y abarca el *poder efectivo en la dirección de la empresa* y no solamente de la sociedad.

Es una influencia dominante sobre la organización que permite fijar los lineamientos de la empresa; que posibilita (directa o indirectamente) la toma de decisiones, Tener el control de la empresa importa su dominio; el dominio de sus decisiones (al menos las de administración).

La adquisición del control importa el traspaso de esas decisiones empresarias a un sujeto controlante; el control importa el dominio o mando de la empresa, Y es mando debe ser ejercido por alguien (controlante), Básicamente, y como lo caracteriza el art, 6, inc, d, LDC, es necesario que el control le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

VIII. Enumeración ejemplificativa

La LDC, en su art, 6, enuncia que casos se encuentran incluidos en la noción de concentración económica, Cabe destacar que esta

enumeración es meramente ejemplificativa, pues el art, 6, inc, d, LDC, deja abierta la norma para cualquier otro tipo de actos no detallados.

IX. Fusión

La primera figura que incluye el art, 6, LDC, es la fusión, El art, 6, inc, a, alude a fusión entre empresas²² y aquí se encuentra el primer inconveniente de técnica legislativa, Ello así, pues la fusión (al menos en un sentido jurídico) no es de empresas, sino de sociedades, Quizás en un lenguaje vulgar se puede aludir, de manera genérica, a la fusión de empresas como una unión relativamente constante de ellas²³, Pero el empleo legal no puede sino aludir al supuesto del art, 82, LSC: a la fusión societaria.

IX.1. Nociones conceptuales

Ferri señala que la “fusión es la compenetración en una única organización social de varias organizaciones autónomas; compenetración que puede actuar de dos modos, o mediante la absorción de una o más organizaciones autónomas en otra nueva organización social –fusión propiamente dicha- o, en cambio, mediante la incorporación de una o más organizaciones autónomas en otra organización preexistente que continúa subsistiendo, asumiendo nueva dimensión –incorporación-” (p. 687) (CÁMARA, 1985, 303).

Básicamente –y según OTAEGUI, 1976, 51 - los elementos caracterizantes de este acto: i) unificación de varias sociedades en virtud de un convenio; ii) agrupación de los socios de todas las sociedades fusionantes en la sociedad fusionaria; iii) disolución de las sociedades fusionantes en la consolidación y de todas las sociedades incorporadas en la incorporación; iv) ausencia de liquidación de sociedades disueltas; v) transmisión total y a título universal de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad fusionaria.

IX.2. Tipos de fusión societaria

Nuestra legislación ha proveído diversas clases de fusión admitidas (fusión por consolidación o fusión por absorción), Existe

fusión por consolidación cuando dos o más de sociedades acuerdan disolverse sin liquidarse para unificarse en una nueva sociedad que en adelante asume la titularidad de los derechos y obligaciones de aquéllas.

En la *fusión por absorción* –también llamada fusión por incorporación, por anexión, fusión impropia o simplemente incorporación- un sociedad ya existente se incorpora a una o varias sociedades que sin liquidarse son disueltas, unificándose todas ellas en la incorporante que en adelante asume la titularidad de los derechos y obligaciones de éste (RODRÍGUEZ PELUFFO, 1013).

Para ambos supuestos el efecto es el mismo: la sociedad incorporante (o nueva sociedad) adquiere la titularidad de todos los derechos y todas las obligaciones de las sociedades disueltas, al producirse la transferencia de sus respectivos patrimonios (activo y pasivo) en virtud del convenio definitivo de fusión (HALPERÍN & OTAEGUI, 1998, 870).

IX.3. Fusión de facto

También se ha advertido la existencia de un tercer supuesto de fusión, en el cual si bien las empresas conservan su autonomía, se produce una combinación de actividades de tal forma que dan lugar a una única entidad económica; y que para que esto ocurra es menester un contrato de gestión económica que conduce a una *fusión de facto* MARTÍNEZ MEDRANO (2002, 151).

Cabe aclarar que si bien desde un punto de vista económico tal acuerdo podrá constituir el nacimiento de una nueva empresa, desde el jurídico no importa una fusión, Pero ello no es suficiente para que tal acuerdo o actividad en común no encuadre en la noción de concentración, ya que el mismo art, 6, LDC, establece toda una gama de posibilidades que permiten incluir este tipo de acuerdos en el fenómeno concentrativo.

No es la oportunidad para profundizar en la temática de la fusión, pero cabe señalar que la fusión abarca varias etapas (compromiso previo de fusión, aprobación del compromiso previo, publicidad, oposición, acuerdo definitivo de fusión, etc.).

IX.4. Sentido concurrencial

Vale decir, y en lo que al derecho de la competencia interesa, que la fusión importa la unión en un solo titular dos o más organizaciones (que pueden conformar empresas y que por ello, pueden ser competidoras), Estas sociedades, en cuanto titulares de una empresa determinada, pueden poseer por sí solas una porción en el mercado, Si las sociedades que se fusionan son competidoras, dicha participación en el mercado se incrementará.

Este incremento del poder de mercado puede alterar significativamente el correcto funcionamiento del mercado, El aumento de la posición en mercado apunta al monopolio, que no está prohibido per se, en tanto y en cuanto no se produzca una afectación del interés económico general.

Así se ha dicho que la fusión económica es una categoría jurídica original del derecho de defensa de la competencia que incluye, no sólo los supuestos tradicionalmente se entienden contenidos en ese concepto, como la fusión o absorción de sociedades, sino otras formas de integración económica completa, similar en intensidad, se podría decir, a la que se da en una fusión de sociedades, aunque sin pérdida de independencia de personalidad jurídica, como es el caso en la formación de un grupo de coordinación (BELLO MARTÍN, 1997, 894).

Por ello, la ley no sanciona la conducta concentrativa per se (y no podría hacerlo sin afectar seriamente la libertad comercial y de asociación), sino que para que la misma resulte proscripta por el plexo competitivo debe restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general (art, 7, LDC).

X. Transferencia de fondo de comercio

Otra hipótesis concentrativa especialmente incluida en la LDC es la transferencia de fondo de comercio (art, 6, inc, b, LDC), Básicamente la regulación de este tipo de transferencias se encuentra regulado en la vieja (aunque actual) ley 11,867.

X.1. Fondo de comercio

Diversas han sido las nociones de fondo de comercio que han sido esbozadas por la doctrina y jurisprudencia, Así se ha dicho que constituye “un conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas que tanto interior como exteriormente se presenta como un organismo con perfecta uniformidad por los fines a que atiende, que no son otros que la obtención de beneficios económicos en el orden comercial e industrial” (FERNÁNDEZ, 1946)²⁴.

El fondo de comercio es lo que es en función de los elementos constitutivos que lo integran, Y si bien la ley no lo define, sí efectuó una enunciación demostrativa de los elementos materiales e inmateriales: Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística” (art, 1, ley 11,867), Debe quedar claro que los créditos y las deudas no integran el fondo de comercio y no se transfieren por este vía, sino por las formas establecidas en el derecho privado.

Pero lo importante en esta idea de transferencia de fondo de comercio es que quien transfiere un fondo de comercio cede una organización destinada a producir beneficios económicos, independientemente de su actitud (ZUNINO, 1982, 106), Lo esencial, entonces, para considerar un fondo de comercio radica en el elemento dinámico o funcional: los elementos estáticos pueden existir en mayor o menor grado y aun faltar por completo, desaparecer siendo o no reemplazados sin que por ello el fondo pierda su identidad económica y jurídica, El elemento funcional, por el contrario, existirá, aunque sea reducido a términos mínimos”(FERNÁNDEZ, 1946, cit., t. II, p. 24).

X.2. Efectos competitivos

Pero este “acto complejo” (como lo han nominado algunos autores)(ZAVALA RODRÍGUEZ, 1959, 267), que goza de naturaleza contractual, puede importar una concentración económica cuando

dicho fondo (en cuya noción domina la idea funcional) sea adquirido por una empresa preexistente, Y tendrá efectos competitivos cuando la adquisición del mismo lleve a la idea de distorsión del mercado.

Merece destacarse que si bien el fondo de comercio está regulado de manera individual en la LDC (y así también en el ordenamiento mercantil), a la postre importa un activo de la empresa, Por ello, si la LDC nada hubiese señalado en relación a la transferencia de fondo de comercio, el supuesto se hubiese incluido en el art, 6, inc, d, LDC, que abarca todo acuerdo o acto que transfiera a una persona los activos de una empresa, El fondo de comercio, en su interrelación funcional de elementos materiales e inmateriales, es el principal activo de la empresa, junto con otros bienes que pueden no integrar la hacienda comercial.

XI. Adquisición de participaciones sociales

XI.1. El texto de la norma

El art, 6, inc, c, LDC, incluye en el concepto de concentración a “la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma”.

XI.2. Sentido del precepto

Como puede verse básicamente importa la adquisición de algún derecho o participación societaria que confiera al adquirente el control o influencia sustancial sobre la persona jurídica, La ley es bastante amplia, aunque la ideología de la LDC está abarcada por dichas ideas.

No importa la forma o modalidad empleada: lo esencial es que dicha adquisición importe la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o control.

XI.3. Participaciones sociales

El supuesto más típico será la adquisición de participaciones sociales de una sociedad, Dicha adquisición podrá llevarse a cabo

de muchas maneras: compraventa, donación, etc, La hipótesis corriente es la compraventa de participaciones societarias²⁵.

Esta participación podrá ser de acciones, cuotas sociales u otras formas según la sociedad que las emita, En el caso de las sociedades anónimas, la misma puede emitir, según los derechos patrimoniales que confiere, acciones ordinarias (que son las que confieren a sus titulares un régimen normal de derechos) y preferidas (cuando otorgan un derecho preferente respecto de las ordinarias); según los derechos políticos, acciones de voto privilegiado o plural o de voto limitado, con número limitado de voto; también podrán ser nominativas o escriturales, etc., De más está señalar que la transferencia de dichas participaciones debe someterse a las previsiones societarias.

En caso de la sociedad anónima, se requiere la instrumentación del negocio en cuestión y la notificación por escrito a la sociedad (para que ésta lo anote en el libro registro de accionistas la enajenación comunicada), Sólo surtirá efectos frente a la sociedad y terceros desde la inscripción (art, 215, LSC).

XI.4. Cualquier derecho sobre participaciones sociales

Pero la ley no sólo requiere la propiedad, Es suficiente cualquier derecho sobre las participaciones de capital, En esta hipótesis se incluye la copropiedad de acciones (art, 209, 1º párr., LSC), aunque la sociedad puede exigir la unificación de representación para ejercer derechos y cumplir obligaciones sociales (art, 209, 2º párr., LSC), También cabe considerar comprendidos el usufructo de acciones (art, 218, LSC), la prenda o el embargo de acciones (art, 219, LSC) e incluso el fideicomiso de acciones (ley 24,144) (CESARETTI & CRESPO, 1995, 203 ; GAGLIARDO, MARIANO, 2001, 732; GIGENA SASIA & LENTA, 1995, 173; MOLINA SANDOVAL, 2009, 419; PAOLANTONIO 1995, 179; SANDLER, 1995, 169, TORRES, 1992, 239).

También puede ser obligaciones negociables convertibles, Si bien las obligaciones negociables constituyen un préstamo a la sociedad con características especiales, las convertibles pueden ser definidas como aquella modalidad en la que el obligacionista, en la forma y condiciones establecidas en la escritura de emisión,

puede decidir mediante su sola voluntad integrarse como socio en la sociedad emisora, en cuyo momento quedan extinguidas las obligaciones y su importe es el contravalor de las acciones que adquiere (GAGLIARDO, 2001, 732; TORRES, 1992, 239).

La idea dominante en la noción de obligación negociable convertible es la posibilidad de que ese empréstito a la sociedad pueda transformarse en una participación societaria (acción), posibilidad que estará reglamentada básicamente en las condiciones de emisión de las mismas.

Por ello, la LDC en este caso no mira los efectos actuales de la adquisición de una obligación negociable, sino las posibilidades de ésta de transformarse en un título accionario, Pero esta mera posibilidad no importa concentración en un sentido económico, Sin perjuicio de ello, la ley mira esta alternativa de conversión con cautela: basta que dicha conversión se concrete para que el titular de las mismas encuadre en el art, 6, inc, c, LDC, como adquirente de participaciones societarias.

XI.5. Pacto de accionistas

Una duda se plantea en relación a los pactos de accionistas, Si bien el pacto de accionistas no importa la adquisición de la propiedad de las acciones, sí importa el derecho a asumir las decisiones sociales de manera anticipada, Y esta posibilidad permite idear una estrategia a los fines de lograr el control de la sociedad, La celebración del convenio de socios (la referencia es a los de dominio o defensivos) sin dudas tendrá influencia sobre las decisiones de la sociedad, Lo importante es que dichos títulos o derechos tengan aptitud para tener influencia en las decisiones de la sociedad.

XI.6. Influencia sustancial

Ahora bien, la LDC habla de control o de influencia sustancial sobre la sociedad, Sobre la noción de control (que ya fue delimitada en otra oportunidad) no aparecen mayores inconvenientes, pero se generan intensas dudas sobre el alcance de influencia sustancial.

No existen dudas de que se trata de dos ideas distintas; y del sentido de ambos términos parece surgir que la diferencia radica

en una cuestión de *intensidad*, El control es la noción básica (y máxima) incluida en el art, 6, inc, c, LDC; la *influencia sustancial* podrá eventualmente lograr intensidad suficiente para transformarse en una influencia “controlante” o “control”, ya que el control es una influencia que otorga el dominio de la voluntad social (y con ello, de los negocios sociales).

La influencia importa la “acción” (sentido no técnico) que puede ejercer una persona sobre la sociedad; ahora bien la cuestión a determinar en que debe consistir esa acción, Sobre todo teniendo en cuenta la relevancia que la misma debe tener para el derecho competitivo, El término influencia ha sido empleado de varias maneras: una, aludiendo a *cualquier tipo de influencia* en las decisiones de la persona que emita los títulos participativos (art, 6, inc, c, LDC); otra, haciendo referencia a *influencia substancial* (art, 6, inc, c, LDC); y finalmente, a *influencia determinante* en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa (art, 6, inc, d, LDC).

Por ello, cabe entender que la referencia del concepto “influencia” tiene que ver con las decisiones de la persona, Y estas decisiones pueden ser de variada índole: de política empresarial, de gestión administrativa, de representación, etc, En cada una de estas unidades temáticas personas ajenas (o no tanto) al entorno societario pueden ejercer algún grado de acción sobre la persona; pueden influir en sus decisiones, Esta influencia es la caracterizada por la normativa competencial, Pero esta acción debe tener cierta entidad, No cualquier influencia será suficiente para que se configure la concentración económica para el derecho competitivo.

En esta noción se incluyen supuestos en los que si bien no existe control externo, puede permitir algunos vínculos especiales (art, 33, inc, 2, LSC) que interfieran en las libres decisiones empresarias, En cuanto esta interferencia tenga un matiz sustancial que desvíe la voluntad social en algún sentido, será la influencia exigida por el art, 6, inc, c, LDC.

No obstante lo dicho, la idea engendra cierta contradicción, pues por un lado, el art, 6, LDC, define concentración económica como la “toma de control de una o varias empresas”, pero por

el otro habla simplemente de influencia sustancial, O ambos conceptos se confunden; o los dos importan ideas distintas, Esta última interpretación es la que debe prevalecer, ya que del propio giro del art, 6, inc, c, LDC, se desprende que la ley quiso aludir a dos situaciones claramente diferenciadas.

XII. Toma de control o influencia determinante en la toma de decisiones

XII.1. Enunciación del precepto

El art, 6, inc, d, LDC, sincerando la situación señala que se entiende por concentración económica la toma de control de varias empresas 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, De la redacción de esta norma surgen varias cuestiones.

XII.2. Enunciativa

En primer lugar, y como ya se desarrolló ut supra, que la enumeración del art, 6, LDC, es meramente ejemplificativa y no taxativa.

El art, 6, inc, d, LDC, refiere a cualquier otro acto de transferencia de activos o que le otorgue influencia determinante²⁶.

XII.3. Acuerdo o acto

Además, la norma alude a cualquier otro “acuerdo o acto”, Este giro merece dos observaciones: por un lado, que el término *acuerdo* se encuentra incluido conceptualmente en *acto*, El acuerdo es un contrato; y como tal es un acto jurídico (pues reviste voluntariedad y licitud), o, al menos, acto, Ello es suficiente para equiparar ambos conceptos: o mejor, incluir los acuerdos dentro de la noción de acto.

También es irrelevante la alusión a *acto o acuerdo*, pues el mismo art, 6, LDC, en su primer párrafo al definir concentración económica, alude a toma de control a través “de la realización de los siguientes actos”, Por ello, dicho giro es, además de redundante, innecesario para una correcta comprensión de la norma.

XII.4. Transferencia de activos

Debe tratarse, entonces, de un acto de transferencia de activos de una empresa.

XII.4.1. Bilateral o unilateral

Este acto, usualmente -y como acto de transferencia-, será bilateral, aunque no cabe excluir al contrato de donación o mandato que configuran actos unilaterales (aun cuando se requiere la aceptación de ambos actos).

XII.4.2 Fáctica o jurídica

Esta transferencia podrá ser fáctica o jurídica, Esta aclaración -quizás innecesaria, pero con un tinte aclaratorio para evitar cualquier duda al respecto- luce coherente con el art, 3, LDC, que establece el principio de realidad económica, Lo primero que cabe determinar es en que consiste la transferencia jurídica.

Usualmente, y esto es obvio, consistirá en la transmisión del dominio de los bienes de una empresa, sean éstos registrales o no, Para que cada transferencia jurídica de un activo se perfeccione deberá cumplimentar los recaudos y formalidades impuestos según la naturaleza de cada bien, Si el activo importara un inmueble, deberá cumplir con la tradición y la inscripción registral; si se trata de un vehículo bastará con la registración de buena fe (art, 2, decreto-ley 6582/58, ratificado por ley 14,467).

XII.4.3 Transferencia dominial u otras modalidades

Cuadra preguntarse si en la noción de transferencia se incluye solamente la *transmisión del dominio* o pueden incluirse *otras formas de "transferencia" de activos* que no importen necesariamente el cambio de titularidad del bien, En este orden de cosas, pensamos que el término empleado por la ley debe interpretarse de manera amplia, incluyendo toda forma de transferencia.

Ello así pues, en primer lugar, así parece surgir de la LDC, ya que alude a cualquier acto de transferencia de activos empresarios, incluyendo en esta idea aquellas realizadas *en forma fáctica*, Además, pues la idea dominante de la noción concentrativa es la

de control de la empresa; y el control de la empresa (y no de la sociedad) puede lograrse mediante la transferencia de activos, aun cuando los mismos no sean realizados en forma definitiva o que importen la mutación registral.

Por ello, deben considerarse incluidos en este concepto la transferencia a título fiduciario²⁷, pues importa una transferencia de un activo, Con esta transferencia el fiduciario o el eventual beneficiario adquieren los activos de la empresa (uno para el cumplimiento de la manda fiduciaria y otro a título definitivo), Esta transferencia importa conferir el control de los activos de la empresa (y de la empresa misma) y por ello, debe considerarse incluido en esta noción.

También deben incluirse otros actos en los que no existe mutación dominial (ya que en el fideicomiso existe transferencia de dominio -e inscripción registral, según el bien-), Así, en la noción deben incluirse también la locación de ciertos activos de la empresa, el leasing, el comodato (art, 2255, Cód, Civ.), el depósito irregular (art, 2189, Cód, Civ.), el mutuo (art, 2240 y ss., Cód, Civ.), el usufructo (art, 2807, Cód, Civ.), el uso (art, 2948, Cód, Civ.), etc.

Todas estas figuras si bien no importan la transferencia del activo, si tienen en común el poder de disposición por parte de un sujeto por un tiempo determinado de un cierto activo de la empresa, Según el tipo de activo o el poder de disponibilidad del mismo será la figura que se emplee, Más parece oportuno resaltar que si no existe algo de dominio sobre el activo la transferencia no debe considerarse incluida en el art, 6, inc, d, LDC, pues no se daría un fenómeno de concentración.

XII.4.4 Transferencia fáctica

Pero la LDC también abarca la *transferencia fáctica* del activo, No se comprende desde una estricta visión jurídica en que consiste una transferencia fáctica, pero lo cierto es que la norma alude a cualquier situación de hecho en la que una empresa tenga la facultad de disponer, usar o afectar a la producción de bienes o servicios ciertos activos de la empresa, Básicamente postula la independencia del título de transferencia, bastando que la persona tenga la tenencia del bien con cierto poder de uso o afectación.

Esta aclaración permite una mayor flexibilidad de formas a la hora de interpretar la esencia del acto, A la hora de evaluar la conducta no importan tanto la formas como sí la sustancia del acto²⁸.

XII.4.5. Temporalidad

Es necesario remarcar que en la interpretación del término “transferencia” tiene especial relevancia el elemento de temporalidad, Este elemento no está expreso en nuestro plexo jurídico, Sí lo está en el derecho europeo, Así, el Reglamento de la Comisión Europea N° 1310/97²⁹, en su art, 3, define como “concentraciones” a las operaciones que provocan un *cambio duradero* en la estructura de las empresas afectadas.

Así la Comisión Europea, en sus decisiones, ha interpretado dicho concepto legal (“permanencia”) y a modo de una regla general, como una modificación que dure por un período superior a tres años; la experiencia nacional (y fundamentalmente la autoridad de aplicación) demuestra que no se ha considerado tal cualidad para configurar la toma de control (BOLATTI,2002,1).

Por ello, si bien nuestra ley no exige que la concentración económica tenga un carácter duradero, se debe exigir una cierta razonabilidad a la hora de interpretar el precepto, No cualquier acto de toma de control de la empresa importa una concentración, pues si el control o influencia tiene una vigencia fugaz y rápida, no será suficiente para que el acto encuadre en esta idea, La permanencia es un elemento definitorio de la concentración.

Así, y tomando los ejemplos de locación o usufructo, si los mismos no gozan del plazo suficiente para que dicha transferencia de activos logre establecer un cierto afianzamiento entre ambas organizaciones; la potencialidad de lograr afectación en el mercado requiere de un cierto tiempo razonable, La razonabilidad del tiempo dependerá de cada caso concreto (de cada concentración), pero fundamentalmente del mercado en que la concentración se inserte.

XII.4.6. Transferencia a persona o grupo económico

También la norma alude que esta transferencia debe hacerse a una persona o grupo económico, Que la transferencia se realice a una persona no genera mayores inconvenientes lógicos; esta persona podrá ser de existencia visible o ideal y por ello será un centro imputativo; será “ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones” (art, 30, Cód, Civ,).

Ahora bien, la cuestión se complica cuando se hace referencia a la transferencia del activo empresario a un grupo económico, Es sabido que en nuestro sistema jurídico el grupo económico no tiene personalidad jurídica³⁰; sólo sus integrantes gozan de personalidad jurídica diferenciada, Por ello, dicha transferencia no resulta posible en nuestro esquema jurídico, El grupo como tal no es titular de derechos y obligaciones; a lo sumo lo será el controlante, pero no el grupo económico.

Entonces, y no pudiendo presumirse la incoherencia interna de la LDC, cabe entender que cuando la ley alude a transferencia de un activo al grupo hace referencia a un acto de tal naturaleza en relación a las personas que conforman el agrupamiento económico, La cuestión será determinar en quien de los integrantes de un grupo debe recaer.

La LDC no distingue y no debería distinguirse, Por ello, y en el contexto concurrencial, bastará que esa transferencia a uno de los miembros del grupo siempre que dicho acto permite el control o influencia determinante o sustancial de la empresa, La misma podrá realizarse en la persona del controlante o del controlado; es suficiente con el poder de disponibilidad (que no necesariamente importa su disposición) de los mismos.

Finalmente, en lo que a estos actos de transferencia se refiere, la LDC alude a activos de una empresa, con lo que excluye cualquier otro tipo de activos, Aquí la noción misma de empresa (según se vio) genera ciertos inconvenientes, En primer lugar, pues la empresa no es titular de derechos ni de obligaciones, pues carece de personalidad jurídica (aun cuando existen intentos legislativos para ello), Ello importa desechar que la empresa pueda tener un

activo; será el empresario el titular de tales activos y será él quien los transfiera.

Por ello, y tomando la noción de empresa como organización de medios humanos y de capital afectados a la producción (en sentido amplio) de bienes para la satisfacción de necesidades, debe interpretarse que dichos activos (que no serán de la empresa, sino del empresario) deben estar afectados a la actividad de la empresa³¹, Un mismo sujeto puede ser titular de varias unidades económicas; la concentración económica puede derivar de la transferencia de los activos a una dichas unidades empresariales.

XII.4.7. Tipo de bienes y porcentajes

Inmediatamente surge el interrogante de que tipo de bienes y en que porcentaje deben ser objeto de la transferencia para configurar una concentración económica, La LDC no lo dice; pero ello no es obstáculo para lograr una interpretación adecuada del plexo concurrencial.

Primeramente debe señalarse que no podrá ser todo el activo, Pero esta afirmación no significa que la transferencia del mismo no importe una concentración económica, sino que la misma deberá encuadrar en el art, 6, inc, b, LDC, que incluye la transferencia de fondo de comercio, Pero tampoco podrá estar constituida por una porción del activo que no tenga relevancia económica en la actividad realizada.

Debe tratarse de una porción de activos que tengan la entidad suficiente para importar el control de la empresa o, al menos, una influencia sustancial en el dominio de los mismos.

Cada activo o conjunto de ellos deberá valorarse adecuadamente: en ciertas ocasiones las marcas u otros derechos industriales pueden ser fundamentales en la determinación económica de una empresa; en otras, el know-how o la misma ubicación del inmueble; en otros, la capacitación del personal (que si bien no puede considerarse un activo, hacen a la organización de la empresa).

Por eso, debe enfatizarse que este análisis no radica tanto en la cantidad de bienes transferidos, sino en la calidad o entidad de

los mismos, Esa valoración será esencial para determinar si existe concentración económica en los términos del art, 6, LDC.

XII.4.8. Influencia determinante

Finalmente, la LDC incluye en el acto concentrativo los actos que otorguen influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa, En relación a la noción de influencia determinante, cabe remitir a lo dicho en relación al art, 6, inc, c, LDC.

Simplemente cabe señalar: en primer lugar, que no se trata específicamente de control, sino de influencia determinante, No es menester el supuesto de control: basta que la influencia tenga relevancia suficiente en orden a las decisiones que se adopten, Además, si bien la LDC ya no habla de cualquier tipo de influencia o de influencia sustancial, cabe una interpretación armónica en dicha noción, La idea y extensión conceptual es la misma.

XII.4.9. Administración ordinaria y extraordinaria

Esta influencia es en función de la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de la empresa, Esta diferenciación entre administración ordinaria y extraordinaria debe extraerse del derecho societario y concursal, Así, el plexo concursal establece que debe solicitarse autorización en relación a los actos que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial (art, 17, LCQ), También la LSC contiene algunas referencias a la administración ordinaria o actividad normal de la empresa (art, 269, 271 o 320, LSC).

En este sentido se ha dicho que el concepto de gestión de negocios ordinarios comprende “aquellas actuaciones realizadas en el marco de las decisiones tomadas por el consejo de administración o de las directrices impartidas por él, cuyo conjunto constituye de algún modo la vida ordinaria de la sociedad” (IGLESIAS PRADA, 1971, 80, citando a Van Ryn cit. por OTAEGUI, 1979, 82).

Básicamente puede decirse con Otaegui que la gestión de los negocios ordinarios es la correspondiente a la *actividad cotidiana de la sociedad*, o sea que se refiere a operaciones configurativas

de las actividades integrantes del objeto social, y que por su envergadura o naturaleza encuadren asimismo en el uso y la práctica generalmente observados en el comercio (art, 218, inc, 6, Cód, Com,) de acuerdo a la naturaleza e importancia de dichas actividades (art, 44, Cód, Com,) (OTAEGUI,1979, 83).

Los negocios extraordinarios se definen por exclusión, siempre teniendo en cuenta el caso concreto, la magnitud y naturaleza de la operación, el objeto social, etc.

También podrá abarcarse, aunque ello no surge expreso de la LDC, aquella influencia para decidir cuestiones que se tratan en la asamblea ordinaria y extraordinaria (arts, 234 y 235 y arts, 243 y 244, LSC), Recuérdese que en ambos supuestos existe diferencia en el quórum y mayorías, lo cual ubica a la influencia en un sentido distintivo.

Pero, debe destacarse que la influencia está referida la administración de la empresa y no de una sociedad, En muchos casos, los conceptos se identificarán; pero existirán zonas que marcarán enfáticamente la diferencia.

XIII. Prohibición de conductas anticompetitivas

Complementando el art, 6, LDC, la normativa competitiva señala que se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art, 7, LDC), Como se ve, el decreto 386/01 ha suprimido el término “disminuir” y a diferencia del art, 1, LDC, no se incluyeron la idea de “limitar” o “falsear” la competencia.

La supresión no es baladí, pues a diferencia de lo señalado en el art, 1, LDC, aquí no se sancionan las conductas concentrativas que tiendan a disminuir o limitar la competencia, Ahora bien, la cuestión no es simple de resolver, ya que la disminución o limitación de la competencia importan una distorsión de la competencia, Cualquier acto que disminuya o limite la efectiva posibilidad de competir en un determinado mercado configura una distorsión o restricción de la competencia, Pero lo cierto es que la teleología de la norma

apunta a dar una visión más permisiva que la establecida en el art, 1, LDC.

Pero lo cierto es que la principal distinción entre las conductas establecidas en el art, 1, LDC, y el art, 7, LDC, radica en la índole de la conducta: simples operaciones de restricción competitiva en el art, 1, LDC, y modificaciones en la estructura de las personas en el caso del art, 7, LDC.

La norma abarca aquellas concentraciones económicas que afecten la competencia, Este análisis usualmente se realizará retroactivamente, pues es menester que la concentración ya se haya realizado, También tiene un carácter de exclusión pues abarca aquellos supuestos que no se encuentren incluidos en el art, 8, LDC, Si el acto configura una de las hipótesis del art, 8, LDC, deberá aplicarse prioritariamente este mecanismo y su sistema sancionatorio, No obstante ello, cabe señalar que el régimen aplicable al art, 8, LDC, no difiere mayormente del esquema de los actos anticompetitivos.

Lo importante en este caso es que el acto concentrativo otorgue una posición dominante o poder de mercado que tengan un claro efecto anticompetitivo, Obviamente que en este caso, como en todo supuesto en el cual se afecte la libre competencia, deberá determinarse el mercado relevante (geográfico o de producto), la estructura del mismo y si la concentración confiere poder de mercado, etc.

Básicamente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en sus “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas” ha establecido una serie de pasos para la determinación de los efectos de la concentración económica, En primer lugar, exige la definición y medición de la concentración en el mercado relevante (debiendo definirse el mercado relevante, identificarse las empresas que participan del mismo, su cálculo de participaciones en el mismo, etc.), Asimismo deberán evaluarse las barreras de entrada en el mercado relevante teniendo en cuenta tres aspectos esenciales: i) tiempo requerido para ingresar al mercado; ii) probabilidad de ingreso al mercado; iii) significatividad en el ingreso.

Asimismo, los factores que podrían constituir barreras que impidan un acceso rápido, probable y significativo al mercado relevante serán de índole legal, la existencia de costos hundidos y/o barreras de entrada como consecuencia de la concentración.

Finalmente, y quizás en un criterio discutible, los “Lineamientos” señalan que se “considerará como posibles justificaciones de eficiencia para una concentración sólo a aquellos incrementos en la eficiencia productiva de las empresas que surjan de la misma, y que no sean susceptibles de ser alcanzados sin la concreción de la concentración o de otras operaciones que puedan generar perjuicios similares, A los efectos de evaluar las posibles alternativas mediante las cuales se podrían lograr las ganancias de eficiencia en el proceso productivo que surjan de la concentración, se considerarán sólo aquellas que sean viables desde un punto de vista práctico para las empresas involucradas, excluyéndose de la evaluación las alternativas puramente teóricas que no sean susceptibles de ser implementados”.

XIV. Conclusiones

Por último, y habiéndose esbozado los principales de las concentraciones económicas cabe señalar que el control “previo” de concentraciones y fusiones es una de las grandes innovaciones del régimen competitivo argentino y está en pleno desarrollo, Pero para este control cumpla con sus finalidades –en primer lugar- debe estar despojado de cualquier condicionamiento político y debe tender a evitar actos que pueda perjudicar en forma concreta la competencia o resultar perjudiciales para el interés económico general.

Por ello, esta incorporación normativa se acopla a los principales ordenamientos mundiales y ha tomado en cuenta los antecedentes y casos desarrollados en los últimos tiempos no sólo en Estados Unidos sino fundamentalmente en Europa.

La idea dominante en la concentración no es sólo la agrupación societaria o contractual clásica sino que procura enfatizar la toma de control mediante el dominio de sus activos o influyendo significativamente las decisiones empresarias, Se trata de una idea

económica y no jurídica y por ello, las pautas interpretativas tienen que partir de estas cuestiones.

Resulta aconsejable, por otro lado, se dicten normativas reglamentarias y pautas aplicativas que faciliten los mecanismos de notificación previa y demás elementos a la hora de agilizar y brindar cierta seguridad jurídica a los operadores jurídicos, fundamentalmente por el tenor de las empresas que suelen requerir este tipo de notificaciones.

REFERENCIAS

- ALEGRÍA, H. (1978). Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. (1997). Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE. *RDM* (224). 894.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A (2000). *Apuntes de derecho mercantil*, Navarra: Aranzi.
- BIAGGINI, P.A. & ASPLINDH, H. A. (2002, 7 de febrero). Joint venture y el control previo de fusiones & adquisiciones.
- BOGO, J. (2001). Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25.156. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. 463.
- BOLATTI, J.L. (Ed). (2002, 2 de Noviembre). El fideicomiso y el capítulo III de la ley de defensa de la competencia. p.p. 1.
- BORK, R. (1993). *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, The Free Press.
- BUZZONI ZOCCOLA, A. (1978). *Nozioni di impresa nell'Ordinamento Giuridico Francese e Raporti con il Diritto Comunitario*, Centro Studi sulle Comunità Europea, Padova: Cedam. Cit por MANÓVIL, R.M. (1998) *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CÁMARA, H. (1985). Derecho societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Desalma.

- CESARETTI, O. & CRESPO, D. (1995). *El fideicomiso y los negocios sobre participaciones sociales* t. II. Todos en el VI Congreso de Derecho Societario, Ad-Hoc.
- CHAMPAUD, C. (1962). *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París: Sirey.
- _____ (1969). Los métodos de agrupación de sociedades (HALPERÍN, I. Traductor, Trad.). *R.D.C.O.*
- EMMERICH, V. & SONNENSCHNEIN, J. (1989). *Konzernrecht*, 3ª edic. München: C.H.Beck. cit. por MANÓVIL, R (1998). Grupos de sociedades en el derecho comparado, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FANELLI, G. (1956-I). *Considerazioni in tema di controllo reciproco fra società per azioni*. en “*Rivista delle Società*”, 665.
- FERNÁNDEZ, R. L. (1946). *Código de Comercio comentado*. Compañía Impresora.
- GAGLIARDO, M. (2001). Obligaciones negociables convertibles en acciones en: “*Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*”. t. II. (Directoras: Laura Filippi y María Laura Juárez), Ad-Hoc.
- GIGENA SASIA, C.H. & LENTA, M.A. (1995). *El fideicomiso (ley 24.441). Un instrumento de avanzada en el logro de los propósitos de un acuerdo de accionistas*. VI Congreso de Derecho Societario, Ad-Hoc, t. II.
- HALPERÍN, I. & OTAEGUI, J. C. (1998). *Sociedades anónimas*. 2ª edic. Depalma.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2001). La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo. *Revista de Derecho Mercantil* (242), 1959.
- IGLESIAS PRADA, J.L. (1971). *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*. Madrid. Cit. Por OTAEGUI, J. (1979). *Administración Societaria*. Abaco.

- IMMENGA, U. (1997). Líneas de desarrollo y características del derecho europeo de la competencia. *RDM* (225). 1110.
- JAMBRINA, A., CRISTÓBAL, N. & TSANIS, J. (1992). *Los grupos societarios en nuestra legislación*. en: "I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa. V Congreso de Derecho Societario. Derecho Societario y de la Empresa", Córdoba: Advocatus.
- JUNYENT BAS, F. & MOLINA SANDOVAL, C.A. (2009). *Ley de Concursos y Quiebras comentada*. t. 2. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- LIBONATI, B. (1959). *Holding e investmen trust*. Milan: Giuffrè.
- MANÓVIL, R.M. (1998). *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot .
- MARCHETTI, P. (1992). *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*. en "Rivista delle Società" (fondada da Tullio Ascarelli), pp. 1 y ss.
- MARTÍNEZ DE PETRAZZINI, V.F. (1997). *Ley de concursos y quiebras N° 24.522*. Buenos Aires: Macchi.
- MARTÍNEZ MEDRANO, G.A. (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma.
- MARTORELL. (1993), *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?*. 712.
- MOLINA SANDOVAL, C.A (2001, 26 de septiembre). *Conexidad contractual: su aplicación en el ambito societario*, LL.
- _____. (Ed.) (2001). *Grupo de sociedades: ¿el control externo es presupuesto para la extensión de la quiebra?*. Buenos Aires: Abaco
- _____. (2002). *La desestimación de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Abaco.
- _____. (2003, 15 de mayo). El interés económico general en la Ley de Defensa de la Competencia. *El Derecho*. (pp. 1 y ss.).

- _____. (2004). *Régimen societario. Parte general*. t. II. Buenos Aires: Editorial Lexis-Nexis.
- _____. (2006) *Defensa de la competencia*. Buenos Aires: Editorial Errepar.
- _____. (2009) *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires.
- MUÑOZ, R. & REBOLO, M. (ED) (2002, 8 de febrero). Notificación de operaciones de concentración económica. *Criterios de la Comisión Nacional de la Competencia*. pp. 2.
- OTAEGUI, J.C. (1976) *Fusión y escisión de sociedades comerciales*. Buenos Aires:Ábaco.
- OTAEGUI, J. C. (1979) *Administración societaria*. Buenos Aires: Ábaco.
- OTAEGUI, J.C. (1984). *Concentración societaria*. Buenos Aires: Ábaco.
- OTAEGUI, J. C. (1987) Concentración societaria. El control externo. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. pp. 79.
- OTAEGUI, J. C.(1998) *La extensión de la quiebra*. Buenos Aires: Ábaco.
- PALMERO, J. C., BISIO DE VIANO, M. I. & MERCADO DE SALA, M. C. (1977) Agrupamiento de sociedades. Fenómeno de concentración económica. Metodologías de agrupamientos. Regulación jurídica de agrupamiento de sociedades y de sus efectos, en Primer Congreso de Derecho Societario, La Cumbre: Depalma.
- PAOLANTONIO, M.E. (1995). *Fideicomiso sobre acciones*. en el VI Congreso de Derecho Societario, Ad-Hoc.
- QUAGLIA, M. C. (2001). El tratamiento de las alianzas estratégicas de empresas en la ley de defensa de la competencia. *Derecho y Empresa, Universidad Austral*, (11), 217.
- RICHARD, E-H. & MUIÑO, O. M. (1997). *Derecho societario*, Buenos Aires: Astrea.

- RIVERA, J.C. (1997). *Instituciones de Derecho Concursal*. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ROSS, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba.
- SANDLER, M. (1995) *Transmisión fiduciaria en la sindicación de acciones (La ley 24.441 y el “voting trust”)*. en el VI Congreso de Derecho Societario, Ad-Hoc.
- SOLDANO, A. & COLOMA, G. (1997) *La fusión en el derecho de defensa de la competencia*. JA.
- SPOLIDORO, M.S. (1995). *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, en: “*Rivista delle Società*” (fondada da Tullio Ascarelli), dott. A. Giuffrè editore. 456.
- TORRES ESCAMEZ, S. (1992) *La emisión de obligaciones por sociedades anónimas*, Madrid: Civitas.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A. (2001) La política europea de la competencia ante el nuevo milenio. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. 77.
- VERÓN, A.V. (1998) Manual de sociedades comerciales. *Errepar*, t. II. 1150.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J.(1959) *Código de Comercio*, t. II.
- ZUNINO, J.O. (1982). *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*. Buenos Aires: Astrea.

Notas

- 1 Profundizamos en: MOLINA SANDOVAL (2006, 309; 2003, 1).
- 2 Siempre recordando la ideas de BORK (1993) que señala en el límite el monopolio puede ser la mejor expresión del éxito empresarial, ya que es un resultado que muestra de manera terminante la magnitud de las ventajas que tiene un firma para competir con sus rivales comerciales.
- 3 Las tendencias se pueden consultar en: VELASCO SAN PEDRO(200, 77)
- 4 El Reglamento 4064/89 no establece un régimen claro del que pueden deducirse unas directrices dotadas de un grado de suficiente certeza, sobre los criterios que han de seguirse en la valoración de las concentraciones (HERRERO SUÁREZ, C. 2001,1959). Así, señala el Reglamento que “las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el

fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta:

- a) 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 en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;
 - b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos 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.
2. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
 3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una operación de concentración con arreglo al art. 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del art. 85 del Tratado con objeto de determinar si la operación es compatible o no con el mercado común. En esta valoración, la Comisión tendrá en cuenta, entre otras cosas,
 - la presencia significativa y simultánea de dos o más empresas fundadoras en el mismo mercado de producto que el de la empresa en participación, o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con ese mercado de producto o en un mercado próximo estrechamente vinculado a dicho mercado de producto;
 - la posibilidad de que la coordinación directamente derivada de la empresa en participación permita a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos o servicios de los que se trate”.
 - 5 Ver un excelente análisis de los efectos de la concentración de empresas en: Bogo(2001, 463)
 - 6 Profundizamos en: (MOLINA SANDOVAL, 2004, 1200)
 - 7 En el régimen español se ha dicho que se entiende por concentración a estos efectos tanto la fusión de varias empresas (de varias sociedades) previamente independientes, como la toma del control de la totalidad o parte de una empresa (arts. 3, RCom y art. 14.2 LDC) y que en este contexto control tiene el mismo significado que “influencia decisiva”

- en una empresa” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ, 2000, 300)
- 8 La complejidad también es pregonada en el derecho italiano. Por todos ver: MARCHETTI, P. (1992, 1). Señala SPOLIDORO (1995): “La pluralità delle definizioni di “controllo” di una società o di un’impresa nelle recenti legislazioni commercialistica italiana è di per sé sufficiente a rendere estremamente arduo qualunque tentativo di trattare unitariamente la fattispecie in questione” (p. 456.)
 - 9 Dice Ross (1963): “En resumen, los siguientes axiomas se aplican a las palabras de uso cotidiano: 1) El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido. 2) La mayor parte de las palabras son ambiguas. 3) El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión. 4) El significado de una expresión -y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma- se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión *-expresión, contexto, situación-* en la palabra que aparece”(p.112)
 - 10 El italiano SPOLIDORO (1995), desde otra óptica y aludiendo a un tipo de control específico, agrega: “Questa caratterizzazione, se da un lato sospinge fuori dal significato tipico di controllo le fattispecie in cui vi sia un soggetto in grado (da solo o con altri) di decidere solo su aspetti settoriali dell’attività dell’impresa, dall’altro lato finisce con l’identificare il controllo con la generica idea di svolgimento dell’attività imprenditoriale e specificamente con la direzione dell’impresa”(p.465)
 - 11 Dice uno de los autores que más sabe sobre grupos de sociedades: “El elemento que caracteriza por excelencia la materia en estudio -se refiera a los grupos de sociedades- es la relación de dominio que ejerce un sujeto (o varios) sobre una sociedad, la cual será dependiente de aquel. El binomio dominio-dependencia refleja el presupuesto básico para toda la regulación grupal conocida en la materia en el Derecho universal” (MANÓVIL, 1998, 251)
 - 12 Aunque el art. 3, decreto 677/01 señala: “Controlante”, “grupo controlante” o “grupos de control”: Aquella o aquellas personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia.
 - 13 Expresa MARTÍNEZ DE PETRAZZINI (1997) que el control interno “implica la tenencia de una participación accionaria suficiente para obtener el manejo de la voluntad social, es decir, el quórum requerido estatutariamente en las Asambleas, para aprobar las distintas cuestiones”(p. 199).
- Alegría (1978): “Éste sería el caso de un accionista (o socio, en otras sociedades diferentes de la anónima) que por la importancia de sus votos, se impone en las decisiones sociales”(p.304)

- OTAEGUI (1998): “La disponibilidad de participaciones societarias que permitan formar la mayoría para la toma de acuerdos colegiales”(p. 110) y mejor: “Es el ejercicio mediante participaciones societarias que confieren la certeza de contar con el quórum y la mayoría absoluta en las asambleas u órgano de gobierno o de disposición de la sociedad controlada, con prescindencia del presentismo o ausentismo de los restantes socios, y en virtud de las cuales se elige la mayoría de los miembros del directorio o del órgano de administración de la sociedad, y en su caso del consejo de vigilancia” (OTAEGUI, 1987, 79)
- 14 cita en su apoyo: CHAMPAUD (1969, 113) ; FANELLI (1956-I, 665); LIBONATI (1959, 127 y 151)
- 15 Ver los ejemplos ilustrados por MANÓVIL (1998, 305, punto 2.82)
- 16 Las referencias son de: MARTORELL (1993, 712), OTAEGUI (1984, 244; 1987, 244); JAMBRINA, CRISTÓBAL & TSANIS (1992, 455).
- 17 Ilustra OTAEGUI (1987): “cuando es la consecuencia directa de un contrato que no tiene por fin el establecimiento de dicho control pero que integra las actividades de las actividades de la sociedad controlada con las de la controlante, supeditando fácticamente las decisiones de aquélla a las de ésta”(p.244)
- 18 En un sentido similar: JAMBRINA, CRISTÓBAL y TSANIS, (1992, 456).
- Señala MANÓVIL (1998): “El contrato de dominación es un contrato cuya finalidad principal es redistribuir las competencias orgánicas de la sociedad dependiente, asignando una parte -generalmente substancial- de las mismas a la empresa dominante. La materia de la distribución de competencias se traslada así de la esfera interna de un sujeto societario, a una relación que deja de ser intrasubjetiva para convertirse en intersubjetiva” (p. 423)
- 19 BIAGGINI Y ASPLINDH (2002) señalan que el control exclusivo será en tal caso jurídico cuando existan derechos específicos inherentes a la participación minoritaria. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que confieran la mayoría de los derechos de voto u otros derechos que posibiliten al accionista minoritario decidir sobre la estrategia competitiva de la empresa afectada, por ejemplo la prerrogativa de nombrar a más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección de la empresa. Un accionista puede también ejercer el control exclusivo por circunstancias de hecho, como por ejemplo, cuando éste obtenga mayoría en las asambleas de accionistas debido a que las restantes acciones se encuentran dispersas (cotizan en Bolsa), siendo altamente improbable que todos los pequeños accionistas estén presentes o representados en dicha asamblea”(p.2)
- 20 MARTÍNEZ (2002, 151). También se ha dicho que “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 tiene la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre otras empresa”. BIAGGINI y ASPLINDH (2002, 2).
- 21 Sobre las relaciones entre los sindicatos de dominio y de bloqueo, ver: MOLINA SANDOVAL (2001)
- 22 Así se ha dicho que la Federal Trade Commssión y el U.S. Department of Justice (Conf., entre otras, las opiniones consultivas CNDC N° 1, 3°, 17, 31,

- 32, 33 y 41) han elaborado una serie de pautas para determinar cuando un acuerdo de colaboración entre competidores será considerado una fusión sujeta a “Lineamientos para fusiones horizontales”: i) los participantes sean competidores en el mercado relevante; ii) la conformación de la colaboración involucre la integración de la actividad económica en el mercado relevante; iii) la integración elimine todas forma de competencia entre los participantes en el mercado relevante; y iv) la colaboración no finalice en un período de tiempo limitado por los expresos y específicos términos del acuerdo. Cfr. BIAGGINI y ASPLINDH (2002, 2)
- 23 Aunque OTAEGUI (1984) habla de fusiones “impropias”, donde las sociedades mantienen la personalidad y patrimonios separados (v. gr., adquisición de paquetes accionarios) (p. 352).
- 24 FERNÁNDEZ, (1.946), t. II, p. 23; CNCom, Sala B, 18/3/53, GF, 208-220; CNPaz, Sala V, 19/3/71, LL, 142, p. 13; CCiv. y Com., 2ª La Plata, sala I, 6/4/73, LL, 152, p. 79.
- 25 Se ha dicho que entre los negocios jurídicos de que son objeto las acciones, el más habituales el de la compraventa, que asume aquí la forma de una compraventa de cosa mueble, cediendo el vendedor no sólo un derecho incorporado en el título, sino también el título mismo, debiendo cumplir así las formalidades necesarias para que se transmita la legitimación (Gaperoni cit. por VERÓN, 1998, 1150)
- 26 Existen situaciones en las que la adquisición de participaciones minoritarias otorgan ciertos derechos tendientes a proteger el valor del patrimonio por él invertido que se traduce en un derecho de veto impeditivo sobre ciertas decisiones de índole extraordinaria. Así, la CNDC ha señalado que los derechos de veto serán aptos para otorgar el control sobre una empresa, cuando se refieran a decisiones estratégicas sobre políticas comerciales de la empresa, tales como el presupuesto, programa de actividades, plan de negocios o nombramiento de altos directivos. En cambio, los derechos de veto otorgados accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses como inversores no dan lugar a ningún tipo de control (CNDC, opinión consultiva N° 9 del 18-12-99). (MUÑOZ & REBOLO, 2002,2)
- 27 En esta idea: BOLATTI (2002,1)
- 28 Así se ha dicho que a diferencia de la legislación europea, la LDC no contempla expresamente el caso de la conformación del joint venture, motivo por el cual como primera aproximación a tal temática, es válido aseverar que sólo serán notificables en la medida que encuadren en las previsiones del art. 6 de la normativa precedentemente referida. (BIAGGINI Y ASPLINDH, 2002, 2)
- 29 Modificatorio del Reglamento 4064/889 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.
- 30 Ver el aporte de MANÓVIL (1998,190)
- 31 La Comisión de Defensa de la Competencia ha señalado que activo son “todos aquellos que permitan el desarrollo de una o varias actividades, a las que se les pueda, además, atribuir un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios originados en la posibilidad de generar asuntos de naturaleza económica” (CNDC, OC N° 83, del 27/12/00 y N° 102 del 1/3/01).